المحالات الشيئية

į

0.41.513.9

13 (1)

Ì

1

L

ü

1

1

de

de

þ

الشيخ على الخفيف



٢٥٣ على الخفيف.

علااح

أحكام المعامــلات الشرعية/ تأليف على الخــفيف. ـ

القاهرة: دارالفكر العربي، ٢٠٠٨م.

٥١٥ ص ؛ ٢٤سم.

يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.

تدمك: ۱ ـ ۲۷۸. ـ ۱۰ ـ ۹۷۷.

١ ـ المعاملات (فقه إسسلامي) . ٢ ـ الفقه

الإسلامي. أ_العنوان.

التعريف بالشريعة الإسلامية. واضعها، أدلتها، منشأ الخلف فيها، أشهر المذاهب ترجمة مختصرة لبعض أصحابها

التعريف بالشريعة الإسلامية

معناها لغة معنى الشريعة الأصلى : مورد الشاربة، وهو المكان الذي يرده الناس والدواب للشرب، ويسمى كذلك مشرعا ومشرعة، ومن ذلك قيل : شرع في الماء شروعًا إذا ورد المشرع والشريعة. ثم أطلق هذا اللفظ على ماشرعه الله لعباده من الأحكام، وعلى كل ظاهر مستقيم من المذاهب، ومثله في هذا الشرعة، وعن ذلك الاستعمال قيل : شرع إذا عمل بالشرع، وشرع إذا سن أحكامًا وقسوانين. وجاء في المذكر الحكيم (٨٥ : ٥) ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾(١). أي شريعة تتبعونها وطريقا واضحا تسلكونه، وكذلك جاء فيه (١٨ : ٥٥) ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها﴾ وجاء فيه (١٣ : ٢٤) ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا﴾ وأساس هذا الإطلاق يتبين لك من قول بعض العلماء : (الشرائع (٢٠). نعم الشرائع (٣). ، من وردها روى ومن صد عنها دوى)(١٤).

والإسلام معناه الأصلى: الانتياد والخضوع والتسليم والاستسلام، وقيل فى ذلك : أسلم فلان فى هذا الأمر إذا انقاد إليه وخيضع، وأسلم لأمر الله إذا سلم واستسلم، ثم أطلق على الإيمان بالله وبرسوله محمد ﷺ وبما جاء به من دين.

⁽١) الرقم الأول رقم الآية، والثاني رقم السورة.

⁽٢) الأحكام الشرعية.

⁽٣) موارد الشاربين.

⁽٤) صد : أعرض. دوي : مرض.

معناها عند الشرعيين ـ وإذن فمعنى الشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ.

علوم الشريعة ـ وهذه الأحكام أنواع ثلاثة : فسما يتعلق منها بالعقائد الأساسية للإسلام يعرف بعلم الكلام (١)، وذلك كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر وما إلى ذلك.

وما يرجع منها إلى تهذيب النفوس وتزكيتها وتكميلها يسمى بعلم الأخلاق، وذلك كالأحكام المبينة لما يجب أن يتحلى به من الفضائل، كالصدق والحلم والوفاء، ولما يجب أن يتخلى عنه من الرذائل، كالكذب والغضب وخلف الوعد.

وما يختص منها ببيان أحكام ما للناس من أعـمال ومعاملات، وما يعقدونه من عقـود، وما يملكونه من أموال يسمى بعلم الـفقه. ومعنى الفقه لغة : الفهم والعلم والفطنة، وفعله (فَقُةً) ككرم، وفَقة كفرحَ.

شُعَبُ علم الفقه _ وينقسم علم الفقه عدة أقسام :

فما كان منه خاصا بأحكام الوسائل التي يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى من صلاة، وصوم، وزكاة، وحج، يسمى بالعبادات.

وما كان منه ستعلقا بتكوين الأسرة ونظامها من زواج، وطلاق، ونفقات، ونسب يسمى بالاحوال الشخصية (٢). وما كان منه متعلقا بالأموال والتصرف فيها، من بيع، وإجارة، ورهن، وغير ذلك يسمى بالمعاملات.

وما كان منه متعلقا بالجراثم وما يترتب عليها من عقوبة، يسمى بالحدود والتعزيرات، أو بالعقوبات.

 ⁽١)سمى بعلم الكلام لما كان يتطلبه الجدل في مائله من كثرة الكلام. وقيل لأنه يشتمل على صفة الكلام الثابتة لله تعالى، وقد كان لها شأن أى شأن في خلافة المأمون ومن ولى الأسر بعده.

 ⁽۲) جرى المؤلف على الاصطلاح الذي ساد بين القانونيين ترجمة للفظ الأفرنجي في عصره، وقد سميتها
 أحكام الأسرة، وعلى هذا تجرى مشروعات القوانين.

وما كان منه متعلقا بالدعوى وطريق إثباتها والحكم فيها وما إلى ذلك يسمى بالمرافعات.

وما كان منه متعلقا بالحروب وأسبابها ونتائجها وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها يسمى بالسير(١) أو بالمغارى.

وهذا النوع من التقسيم حديث العهد، اتبعنا فيه طريقة العلماء في قسمة الشرائع الوضعية، فقد قسموها _ كذلك _ تيسيرا لدراستها والتخصص فيها.

واضع الشريعة الإسلامية

شارعها هو اللَّه سبحانه وتعالى، فهـو الواضع لها جميعها، وهو الحاكم لا سواه، وقد جاء في الكتاب الكريم (٤٠: ١٢) ﴿إِنْ الحَكُم إِلَا للَّهُ﴾.

وقد أوحى بها إلى رسوله محمد ﷺ ليبلغها الناس ويبينها، فكان هو المبلغ لها والمفسر لا الواضع، وقد جاء فى الذكر الحكيم (١٠٢ : ٥) ﴿ما على الرسول إلا البلاغ﴾. وجاء فيه (٤٤ : ١٦) ﴿وَأَنْزَلْنَا إليك الذَّكَرُ لَتَبِينَ لَلنَاسَ مَا نَزَلَ إليهم ولعلهم يتفكرون﴾.

كيف وصلت إلى الناس؟ : _ وإذن فجميع أحكام الشريعة الإسلامية من عند الله تعالى، غير أن منها ما أوحى به مفصلا، فجاء به الدليل صريحا، كما جاء فى قوله تعالى : (٢٧٥ : ٢) ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ ، ومنه ما جاء غير مصرح به فكان طريق معرفته النظر فيما صرح به من الأحكام. ولدا كانت الدلالة عليه مختلفة فى وضوحها ونوعها، وكان ذلك سبيلا إلى استنباط ما يساير الزمن ويحقق مصالح الناس على اختلافهم.

ومن أمثلة ذلك: استنباط حرمة كل مسكر من آية تحريم الخمر، وهى: (٩١، ٩٠) ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل السيطان أن يوقع بينكم

⁽١) انْسَيْر : جمع، مفرده سيرة وهي الطريقة. وغلب في لسان الفقهاء على المغازي اهـِ مصباح.

العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون (١). فإن الكتاب بين فى هاتين الآيتين تحريم شرب الخمر وعلته، فذكر أن شرب الخمر من إغواء الشيطان وتحريضه لكى يوقع شاربيها فى العداوة والبغضاء، ويصدكم عن ذكر الله وعن المصلاة. وهذا كله متحقق فى شمرب أى مسكر آخر لهوا ولعبًا فيكون حرامًا (٢).

وعن هذا الطريق الأخير - طريق القياس - عرف كثير من الأحكام. بل إن أكثر أحكام الشريعة الإسلامية منه، وإن كان النوع الآخر من الأحكام هو الأساس والأصل لهذا النوع، ومنه مستمدة، قال تعالى: (٩٨: ١٦) ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾.

أثرها فيما كان للعرب قبلها من شرائع:

لم تكن الشريعة الإسلامية ـ مع ما بيناه من نزول الوحى بها ـ شريعة جديدة مستحدثة فى كل أحكامها، بل كان كثير منها معروفًا قبل الإسلام، وذلك أن العرب كانوا كأية أمة لها حياة اجتماعية مدنية ذات ارتباطات اقتصادية وصلات سياسية ومعاملات مالية متنوعة، كانوا يتحالفون ويتبايعون ويتداينون ويرهنون ويتجرون ويتنازعون ويتحاكمون ويتناكحون، وكانوا فى جميع ذلك خاضعين لعادات جارية أو تقاليد موروثة أو عرف مألوف، أو متبعين ديانات سابقة، وكان كل أولئك مختلفا إلى حد ما باختلاف القبائل، ومتأثرا كذلك بهوى رؤسائهم ورغبات كبرائهم. وكذلك كانت تتحكم فيهم ـ فى بعض الأحايين ـ مبادئ مقدسة

⁽۱) والخصر: نقيع العنب إذا اشتد وغلى. والميسر: القصار والانصاب: الحجارة تنصب للعبادة أو للذبح عليها تقربا، مفرده نصب. والازلام: الاقداح، كان العرب إذا قصدوا أمرا ضربوا ثلاثة أقداح، منها واحد غفل، وآخر مكتوب عليه (نهاني ربي)، فإذا خرج القدح الأمر مضوا، وإن خرج الناهى تجنبوا، وإن خرج الغفل أجالوها مرة أخرى، وهكذا. ومفرد الأزلام زلم.

⁽٢) رمن الأمثلة أيضا: الحكم بكراهية الإجارة وغيسرها من الأعمال إذا وقعت عند النداء إلى الصلاة من يوم الجمعة: يوم الجمعة، استنباطا من الآية الناهية عن البيع في ذلك الوقت، وهي قوله تعالى في آخس سورة الجمعة: فإنا معموا إلى ذكر الله وذروا البيع في فقد نهت عن البيع في ذلك الوقت حتى لا يحول دون إجابة النداء والسعى إلى الصلاة، فكان في حكمه كل عمل يؤدى في ذلك الوقت لنفس العلة.

عندهم، خلفتها لهم الأديان البائدة، كدين إبراهيم أو دين إسماعيل، أو أحدثتها نظم انتقلت إليهم من الأمم المجاورة لهم كالفرس والرومان. وأن مجتمعًا تتسلط عليه كل هذه العوامل المختلفة التي لا ترتكز في كثير من الأحوال على أسس عادلة، لكثير الاضطراب ملىء بالظلم، لا يأمن فيه إنسان على حقه، ولا يرتدع فيه ظالم عن ظلمه، وإن لم يخلُ من أمور صالحة ومعاملات عادلة لا غنى للناس عن بقائها.

جاء رسول اللّه محمد رَهِ وحال هذه الأمة على ما وصفنا فلم يعمد إلى هدمها، ولكنه حاول إصلاحها، وعنى بعلاجها، حتى طهرها من الرجس، وخلصها من شوائب الظلم، ونفى عنها بوائق الجاهلية وأدران الوثنية؛ فحرم الضار وكمل التاقص، وأصلح الفاسد وأقر الصالح. حرم الربا؛ لأنه نظام من المعاملة ضار وجائر، وحرم أنواعًا من الزيجات كزواج المقت (١)، وزواج الشغار (٢)؛ لأنها لا تحقق أغراض الزواج وغايته. وأصلح نظام البيوع؛ فنفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش، وأقر الحج بعد أن خلصه من أوضار الشرك وآثار الوثنية، وأقر الإجارة والرهن والعارية لصلاحها، وهكذا جاءت الشريعة إلى الناس معروفة غير منكرة، تحقق لهم منافعهم وتكفل لهم حاجاتهم وتدفع عنهم شفوتهم، وتوجههم الى سعادتهم. وكثير منها جديد مستحدث شرعه الله لمصلحة الناس وحاجاتهم كالوقف والزكاة وغيرهما، وكلا النوعين جاء به الوحى؛ إما إقرارًا وإما إنشاء.

أدلتها

الكتاب والسنة ـ أوحى اللَّه بشريعته إلى محمد ﷺ، فكان هذا الوحى تارة ينزل عليه باللفظ من عند اللَّه، فسيجب حفظه وتبليغه كما أنزل، وهذا هو القرآن الكريم الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلف. وتارة يجيئه بالمعنى فكان النبى ﷺ يبلغه الناس بالعبارة التي يصوغها من عنده ويرتضيها لبيانه. وهذا أحد نوعى السنة، وهو السنة الموحى بها.

أما القرآن فكشيرًا ما نزل في أصول الدين وأمهات المسائل مما لا يتأثر بمرور

⁽١) التزوج بزوجة الآب.

⁽٢) أن يتزوج الرجل بابنة رجل أو أخته نظير أن يزوجه بابنته أو أخته.

الزمن ولا يختلف باختلاف الأمم، كتوحيد الله وتقديسه والحث على الحلق العظيم، كما نزل في إحلال بعض المعاملات وتحريم الحبائث.

وأما السنة فقد جاءت تابعة للقرآن، مبينة لإجماله، مفصلة لأحكامه، تقوم عليه ولا تختلف عنه.

وكلا الوحيين مصدر أساسى للشريعة الإسلامية، يرجع إليهما في بيان الأحكام وتطبيقها، فإذا وقعت واقعة وأريد معرفة حكم الله فيها وجب الرجوع إلى كتاب الله، فإن وجد فيه حكمها قضى به، وإلا وجب الرجوع إلى السنة، فإن وجد فيها حكمها قضى به وإلا وجب النظر فيما نزل من أحكام، وما جاء فإن وجد فيها حكمها قضى به وإلا وجب النظر فيما نزل من أحكام، وما جاء معها من علل، أو ما شرعت لأجله من حكم وأغراض، وقيس الشبيه على شبيهه، وألحق المثيل بمثيله، فسوى بينهما في الحكم، أو جعل روح التشريع هاديًا إلى الحكم المطلوب، وهكذا حتى يطمئن الناظر أو المجتهد إلى أن ما وصل إليه هو حكم الله في هذه الواقعة، فيقضى به.

كذلك كان يفعل الرسول رَبِينِ فيما يعرض له من الحوادث والوقائع، يقضى فيها نما نزل عليه، فأن لم ينزل عليه فيها شيء اجتهد ونظر فيما نزل حتى يصل إلى حكم الله المطلوب فيسقضى به، ويقره الله عليه، وحكمه في هذه الحال هو النوع الثانى من السنة: فالسنة إما أن تصدر عن وحى، وإما أن تصدر عن اجتهاد أفره الله عليه، وكلا النوعين واجب أن يتبع، وهى فى الحالين لا تخرج عن قول أو فعل أو إقرار أثر عن النبى من النبي المناخ.

أما اجتهاد غيره ﷺ في زمنه فلا يعد شرعا إلا إذا عرض على النبي ﷺ فأقره، وعندئذ يصير سنة بإقراره، وكثيراً ما كان يقع ذلك إذا عرضت الاصحابه وقائع لا يعرفون فيها حكما وهم على سفر، فكانوا يجتهدون، فإذا حضروا إلى رسول الله ﷺ عرضوا عليه اجتهادهم، فإذا أقره كان شرعا وإلا ردهم إلى الصواب.

وعلى هذا الأساس : ولسى عليه الصلاة والسلام معاذ بن جبل (١). قضاء (١) أنصارى خزرجي أسلم وسنه ١٨ سنة، وهو عن جمع القرآن وتوفي سنة ١٨ من الهجرة. اليمن، وقال له: (بم تقضى؟) قال: بكتاب الله، قال: (فإن لم تجد؟) قال: أقضى بسنة رسول الله، قال: (فإن لم تجد؟) قال معاذ: أجتهد رأبي، قال عليه السلام: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يُرضى الله ورسوله).

وليس اجتهاد رأيه إلا القضاء بالاجتهاد، وقياس الأمور بأشباهها، والعمل بما تقضى به قواعد الشريعة الكلية، وبما يهدى إليه روحها وسر شرعها.

ومن هذا البيان يظهر لنا أن مصادر الشريعة أو أدلتها في حياته عليه السلام: الكتاب والسنة بنوعيها، وأن اجتهاد غيره لا يكون مصدرًا إلا إذا أقره.

متى انقضى عهد التشريع ؟: وبوفاته ﷺ انقضى عهد وضع الشريعة ولم يبق إلا تطبيقها، وكان ذلك بعد أن تمت وكملت، وفى ذلك يقول الله تعالى فيما أنزله عليه بعرفات قبل وفاته عليه الصلاة والسلام بإحدى وثمانين ليلة (٣: ٥) ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأقمت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا ﴾ وقد قبل : إنها آخر آية نزلت من القرآن فلم ينزل بعدها تحليل ولا تحريم، وكان نزولها في تاسع ذى الحجة من السنة العاشرة، يوم الحج الاكبر.

وقد قام أصحابه بعد وفاته ﷺ بتطبيق ما حفظوا من شريعته على ما كان يعرض لهم من حوادث ويواجهونه من مسائل متبعين الأساس الذي سنه عليه الصلاة والسلام لهم في حديث معاذ المتقدم.

فكان كل من أبى بكر وعمر رضى الله عنهما، إذا ما عرضت لأحدهما حادثة، نظر فى كتاب الله، فإن لم يجد نظر فيما يحفظ من سنة رسول الله، فإن لم يجد سأل الناس (هل فيكم من يحفظ فى هذا الأمر سنة؟) فإن لم يجد اجتهد واستشارهم، فإذا اشتركوا فى البحث والنظر فقد يجمعون على حكم، وهذا ما يكثر وقوعه، وقد يختلفون.

الإجماع _ فإذا أجمعوا ولم يخرج واحد عن إجماعهم، وكان الحكم المجمع عليه قاطعا في النزاع المعروض أمامهم لعلمهم بأنهم لا يجمعون على ضلالة؛ لأن إجماعهم لا يكون إلا عن دليل شرعي يسلمون له جميعا، وقد روى عن رسول

اللَّه ﷺ ولا تجتمع أمتى على ضلالة؛ وهذا هو أساس الإجماع الذي عد دليلا ثالثا من أدلة الشريعة الإسلامية(١).

النظر والقياس - وإذا اختلفوا، فذلك لاختلاف الأدلة، وتفاوت النظر، وعدم استطاعتهم أن يوفقوا بين وجوه الخلاف، وأن يصلوا إلى القطع بحكم الله في هذا الأمر، وكل ناظر منهم يظن ظنا راجحا أن ما وصل إليه هو حكم الله فيه، فيرجح الخليفة ما تطمئن إليه نفسه من الآراء بعد مناقشتهم فيها، ثم يقضى به فينتهى النزاع بذلك، دون أن يعتبر هذا القضاء شريعة ملزمة لجميع الناس فيما يعرض لهم من حوادث أخرى مشابهة، ولا ملزما للخليفة نفسه إذا ما عرضت له حادثة مماثلة فاطمأنت نفسه إلى قضاء غيره.

وفى هذا النوع من النظر والاجتهاد كانوا يقيسون الأمور بأشباهها ويلحقون المثيل بمشيله، وهذا ما يسمى بالقياس (٢). وقد يتجهون فيه إلى تطبيق قواعد الشريعة العامة التى عرفوها من الرسول أو إلى استيحاء أسرارها وتحقيق أغراضها وحكمها.

هذه هى طرقهم إلى تعرف الحكم، ومن هذا كانت مصادر الشريعة أو أدلتها بعد وفاته عليه السلام (الكتاب والسنة والإجماع والنظر أو القياس) والنظر أعم من القياس؛ لأنه يشمله ويشمل غيره كتطبيق القواعد العامة والاهتداء بروح الشريعة وأغراضها.

الخلاف في الشريعة وأسبابه

كان كتاب الله مكتوبا في صحائفهم، محفوظا كله في صدور بعضهم، فلم يكن يغيب عنهم جميعا شيء منه.

⁽١) الإجماع : هو اتفاق كل مجتهدى الأمة الإسلامية في عصر من العبصور على حكم شرعى، وهو حجة قطعية الدلالة عند جمهور الفقهاء.

⁽٢) القياس: إلحاق أمر لا نص فيه بأمر آخر منصوص على حكمه بإعطائه ذلك الحكم بناء على اشتراك الأمرين في العلة التي شرع لأجلها ذلك الحكم، كما في إلحاق شرب النبيذ بشرب الخمر في الحرمة؛ لانهما مسكران.

أما السنة فكانوا فيها على خلاف ذلك؛ لأن النبى ﷺ ما كان يأمر بكتابتها، وما عنى أحد من أصحابه بذلك، اللهم إلا ما كان من عبد الله بن عمرو بن العاص^(۱). ؛ فإنه كتب منها ما سمع فى صحيفة كانت تسمى (الصادقة).

وكان عليه السلام يقول ويفعل في كثير من حالاته؛ في بيته، وفي مسجده، وفي قعوده، وفي مشيه، وفي حضره، وفي سفره، ولم يكن يحضر ذلك من أصحابه إلا من كان له شأن أو كان مع الرسول وقت أن عرضت الحادثة، فلذلك لم يكن أصحابه في سنته على سواء، بل كان منهم المقل الذي يحفظ الحديث أو الحديثين وهم كثير، ومنهم المكثر وهم قليل، كأبي هريرة (٢)، ولقد عاب عليه بعض الأصحاب كثرة حديثه، فقال (إن الناس يقولون : أكثر أبو هريرة، ولولا ما قرأت في كتاب الله ما حدثت حديثا، ثم تلا قوله تعالى : (١٥٩، ١٦٠ : ٢) فرأت في كتاب الله ما حدثت حديثا، ثم تلا قوله تعالى : (١٥٩، ١٦٠ : ٢) أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون * إلا اللذي تابوا وأصلحوا وبينوا فأولئك أولئك يلعنهم وأنا التواب الرحيم . إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم الصنق أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم . إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم العمل في الأسواق ـ الاتجار فيها ـ وإن إخواننا من الأنصار كان يشغلهم العمل في أموالهم، وإن أبا هريرة كان يلزم رسول الله ويحضرون، ويحفظ مالا يحفظون).

كذلك كان الصحابة مختلفين فى قوة الفهم، ودقة الملاحظة، ودرجة الحفظ فيما يشهدون ويسمعون؛ فمنهم من كان يعنى بالمعنى فقط فيدركه، ثم ينقله بعد ذلك إلى غيره بلفظ من عنده، ومنهم من كان يعنى باللفظ فيحفظه، ثم ينقله إلى الناس، وقد تخونه فى ذلك ذاكرته، فيضع لفظا يظن أن قد سمعه، بدل لفظ قد نسيه، هكذا فعلوا، فاختلفت روايتهم للحديث، بسبب اختلافهم فى أفهامهم، وتفاوتهم فى درجة حفظهم، وقوة ملاحظاتهم، واختلافهم فى أساليبهم، فإذا ما ضممنا إلى ذلك أنهم قد اختلفوا فى فهم كثير من آى القرآن، وأنهم كانوا كذلك

⁽١) صحابي أسلم قبل أبيه، وكان واسع العلم، وأقام آخر أيامه بمصر وتوفي بها سنة ٦٥.

⁽٢)اسمه عبد الرحمن بن صخر أسلم عام خبير، له (٥٣٧٤) حديثا، وتوفى ٥٩.

يختلفون عند النظر والاجتهاد والتطبيق؛ لاختلاف طبائعهم، وتفاوت مداركهم وعلمهم بالسنة وأحكامها، وتفهمهم لأغراض الشريعة وأسرارها، تبينت لنا أسباب اختلاف الفقهاء في أحكام الشريعة بعد وفاة رسول الله سَيَّاتِيَّةً. وهذه أهمها:

١ ـ اختلافهم في فهم بعض آيات القرآن^(١) وبعض ما ورد من السنة^(٢).

۲ ـ تفاوتهم فیما یحفظونه من السنة، فربما عرضت حادثة علی من لا یحفظ فیها بحفظ فیها سنة فیهتی فیها بما حفظ فیختلف الحکمان (۲). ، وربما اختلفوا فی سنة، فیقضی فیها بما حفظ فیختلف الحکمان (۲). ، وربما اختلفوا فی ضبط حال خاصة وفی روایتها، وذلك کما فی حدیث الخنساء بنت خدام فقد رواه بعضهم (أنکحنی وأنا كارهة أبی وأنا بكر فشكوت ذلك إلی النبی ﷺ، فقال له: • لا تنكحها وهی كارهة ورواه بعضهم (وأنا ثیب) بدل وأنا بكر فترتب علی ذلك تغیر الحکم، والروایة الأولی ترد مذهب الشافعی لانه یری أن للأب أن یزوج ابنته جبرا عنها إذا كانت بكرا، والحدیث ینهی عن ذلك. أما الروایة الثانیة فإنها تنفق مع مذهبه به لائه لا یری إكراه الثیب علی النكاح.

" _ اختلافهم فى وزن ما يروى لهم من سنة، فقد يصل الحديث إلى أحدهم من طريق لا يثق برجاله فلا يعمل به؛ لأنه يظن براويه الخطأ أو عدم الحفظ أو أن الحديث قد أدخل عليه أو غير ذلك. وقد يصل بنفس الطريق إلى آخر فيعمل به لوثوقه بجميع رواته، أو يصل إليه من طريق آخر موثوق برجاله فيقضى به، بينما الآخر قد تركه ونظر برأيه فيختلفان، والاختلاف بسبب ذلك كثير(١).

⁽۱) من ذلك اختلافهم في مسعني القرء في قوله تعالى : (۲۲۸ : ۲) ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروه﴾ فسره بعضهم بالحيض، وبعضهم بالطهر.

 ⁽۲) من ذلك اختلافهم في معنى قوله عليه السلام ولا نكاح إلا بولى، فسره بعضهم بأن النكاح بغير ولى
 باطل وفسره بعضهم بأنه مكروه.

⁽٣) من ذلك ما رآه على رضى الله عنه فى الزوجة التى لم يسم لها مهر، إذا توفى عسها زوجها قبل الدخول بها، إذ قاسها على المطلقة قبل الدخول فلم ير لها شيئا من المهر وقال (حسبها الميراث)، ورأى غيره أن لها مهسر مثلها لحديث بروع بنت واشق، فقد روى معقل بن سنان أن رسول الله ﷺ (قضى لها بمهسر مثلها) وكان زوجها قد توفى عنها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا.

- ٤ ـ تفاوتهم فى فهم أسرار الشريعة وعللها وأغراضها، فتختلف آراؤهم وفتاويهم تبعا لاختلافهم فى فهم هذه الأمور، فربما عرض الأمر فألحقه أحدهم بأمر رآه مثيلا له، وألحقه الآخر بأمر غيره يراه المثيل له، فيعطيه كل منهما حكما يخالف الحكم الآخر، وهكذا(٢).
- ٥ ـ اختلاف البيئات والعادات والمعاملات باختلاف الاقطار الإسلامية وتباعدها، فإن كثيرا من الأحكام لا يهتدى إليها إلا على ضوء تحقيق المصلحة، ودرء المفسدة، فإذا ما اختلفت المصالح باختلاف البلاد والبيئات اختلفت الأحكام تبعا لها. وقد غير الشافعي كثيرا من آرائه حين انتقل إلى مصر لما رآه فيها من عادات لم يرها في العراق والحجاز.
- ٦ اختلاف المسلمين سياسيا في آخر عهد عثمان وفي عهد على، فقد ظهر
 فيهم الشيعة والخوارج.

فأما الشيعة فيرون أن الخلافة بعد الرسول لعلى، ثم لذريته، استحتبا بوصية من الرسول، ويعدون أبا بكر وعسمر وعشمان عصاة؛ لاغتصابهم إياها، ولا يأخذون بحديث يرويه أحدهم ولا واحد عمن ناصرهم.

وأما الخوارج فكانوا من جيش على حين كان يقاتل معاوية، ثم خرجوا عليه لقبوله التحكيم بينه وبين معاوية. ويرون أن الخلافة إذا ما احتاج المسلمون إليها تكون لمن هو أهل لها، عربيا كان أو غير عربي، فيخالفون جمهور المسلمين في

⁽۱) من ذلك أحاديث إثبات الشفعة للجار، عمل بها الحنفية، ولم يعمل بها الشانعسى ومالك وأحمد، ومن هذه الأحاديث (جار الدار أحق بالدار من غيره) ومنها (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) ومنها (الجار أحق بسقبه).

⁽۲) من ذلك : الاختلاف في بيع القمع بدقيقه، قيل يجوز ولمو مع التفاضل؛ لأنهما جنسان كبيع القمع بالأرز، وقيل لا يجوز إلا مع التساوى؛ لأنهما جنس واحد كمبيع القمع بالقمع. واختلافهم في بيع لمن المرأة بعد حلبه، أجازه مالك والشافعي قياسا على لمن الغشم؛ لأن كلا منهما مباح شربه، ولم يجزه أبو حيفة لأنه لمن حيوان لا يؤكل لحمه فلا يحوز قباسا على لمن الأثان، أهد من تهذيب الفروق ص ٢٤٠ ج ٢٠.

أنها واجبة، ولا تكون إلا في قريش، ولا يأخذون بحديث يرويه على أو شيعته أو معاوية أو من ناصره، وينقمون على عثمان سياسته.

وقد كان اختلاف المسلمين في المسائل الفقهية عقب وفاة الرسول في خلافة أبى بكر وعمر قليلا، كما قدمنا؛ وذلك لوجود أكثر المفتين منهم بالمدينة، وسهولة اجتماعهم واستشاراتهم فيما يُعرض من الحوادث التي لم ينزل فيها نص، فإذا تشاوروا في الأمر وهم في بيئة واحدة وقد قرب بعضهم إلى بعض اجتماعهم برسول الله على وصحبتهم له، وأخذهم الدين عنه، ومعرفتهم بطرائق نظره اجتمعوا على رأى ولم يختلفوا، وإذا اختلفوا فلاختلاف في الأدلة لم يوفقوا إلى رفعه، وقلما يحدث ذلك، وعندئذ يعمل كل في المسألة برأيه، إلا إذا أرادهم الخليفة على رأى معين، فعند ذلك ينتهى الخلاف في الحادثة المعروضة، ثم لا يكون رأى أحدهم ملزما لغيره في حادثة أخرى، بل يجوز لصاحب الرأى أن يعدل عنه بعد ذلك إذا ما تبين له في غيره وجه الصواب، وفي ذلك يتول عمر (إن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل). وقد قضى عمر في حادثة بقضاء فأنفذ، ثم عرضت عليه مثيلتها مرة أخرى، فقضى فيها بقضاء آخر تبين له فيه وجمه الصواب، ولما لفته بعض أصحابه إلى ما قضى به أولا قال (ذاك على ما قضين) وهذا على ما نقضي).

المذاهب المختلفة وترجمة بعض أصحابها

بدأت الدولة الإسلامية في خلافة عمر تتسع، وذلك بسبب امتداد الفتح؛ فتم فتح الشام والعراق في السنة السابعة عشرة، وفتحت مصر بعد ذلك بقليل في سنة (٢٠)، وفتحت فارس عقب ذلك في السنيان التالية، وهكذا تسابعت البلاد والاقطار دخولا في الدولة الإسلامية، وتبع ذلك تفرق الصحابة وخاصة المفتين منهم، وتوطنهم في تلك الاقطار، وعندئذ وجدوا فيها من مختلف العادات والمعاملات والنظم ما ليس موجوداً في بلاد العرب، وعرض عليهم كثير من الحوادث المتولدة من مدنيات وحضارات لا عهد لهم بها، وواجهوا فيها نظما وقوانين لا يعرفونها من قبل، وكان إليهم بحكم الفتح والحكم والسلطان أن

يفصلوا فيما يعرض عليهم، وأن يبدوا آراءهم فيما يواجههم، وكثير من ذلك لم يعرض في زمن الرسول، فكان لابد لهم من الاجتهاد والنظر للوصول إلى الحكم فيه، مسترشدين في ذلك بما يعرفون من كتاب وسنة، ومتأثرين إلى درجة ما بالوسط الذي انتقلوا إليه وغاشوا فيه، وإلا جانبوا المصلحة، وأعنتوا الرعية، فكان ذلك مجالا واسعا لحلاف المجتهدين في القطر الواحد، بله الأقطار المختلفة، وكثر الخلاف بسبب الحوادث وتنوعها وتعدد أماكنها، وحرص كل مجتهد على ألا يحمل الناس من غير موجب على ما لا يألفون، وأصبحت المراكز الشهيرة للفتيا في الأقطار المختلفة: المدينة، ومكة، والبصرة، والكوفة، والفسطاط، ودمشق، واستقر في كل مركز من هذه المراكز بعض الصحابة رضوان الله عليهم، وكان لهم فيها أتباع وتلاميذ درسوا عليهم، وأخذوا الفقه عنهم، فاتحدوا معهم في الوجهة والشرّب، لا يخالفونهم في ذلك إلا خلافا قليلا بقدر ما يقضى به اختلاف الطبائم وتفاوت الأقهام واستعداد النفوس.

وقد استمرت الحال على ذلك إلى منتصف القرن الرابع، حيث أغلق باب الاجتهاد والنظر، تجنبا لفوضى الآراء وانتشار الفتن بسبب ذلك، وليحال بين الاجتهاد وبين من يرى نفسه أهلا له وليس هو في الواقع بأهل.

وفى هذه الحقبة من الزمن ظهر بعض المجتهدين، وعنوا بالفقه وتعليمه. وقصدهم كثير من الناس طلبا للتعليم والفتيا، فذاعت آراؤهم وانتشرت فتاويهم، واتبعهم فيها كثير من المعامة والمتعلمين، وكان لهم من ذلك أتباع ونصراء يؤيدون آراءهم وينشرون أفكارهم فنسبوا إليهم، وأصبح ما يعلمونه الناس مذهب عتازا يعرف باسم صاحبه، فقيل مذهب أبى حنيفة، ومذهب الشافعي، وهكذا.

ففى الشام ظهر مذهب الأوزاعى أبى عسمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعى (١٥). (ولد سنة ٨٨هـ وتوفى سنة ١٥٧هـ) وكان من رجال الحديث، ثم اشتهر بالفقه وانتقل مذهبه إلى الأندلس ولكنه اضمحل أسام مذهب الشافعى فى

⁽۱) الأوزاع لقب مرثد بن زيد أبى بطن من همدان منهم الإمام عبد الرحمن بن عمرو الأرزاعي اهـ قاموس.

الشام وأمام مذهب مالك في الأندلس وذلك في منتصف القرن الثالث الهجرى. وليس له الآن أتباع فيما نعلم.

وفى بغداد ظهر مذهب أهل الظاهر لأبى سليمان داود بن على الظاهرى، وقد ولد بالكوفة (سنة ٢٠٤هـ)، وتعلم شافعيا، وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد، ثم انتحل لنفسه مذهبا خاصا أساسه العمل بظاهر الكتاب والسنة مالم يوجد دليل على خلافه، وقد بقى مذهبه إلى القرن الخامس ثم اضمحل، ولا نعلم له كذلك أتناعا الآن.

وكذلك كان للحسن البصرى بالبصرة (المتوفى سنة ١١هـ) وعامر بن شراحيل الشعبى بالكوفة (المتوفى سنة ١٠هـ) وسفيان الشورى بالكوفة (المتوفى سنة ١٦١هـ) وسفيان الشورى بالكوفة (المتوفى سنة ١٦١هـ) وغيرهم، مذاهب اعتنقها الناس فى عصرهم وبعد وفاتهم، ولكن لم يتح لها من أسباب الانتشار والبقاء ما أتيح لغيرها من المذاهب فلم تبق طويلا.

أما المذاهب الباقية إلى يومنا هذا فأشهرها سبعة : أحدها لفرقة مَن الخوارج واثنان منها للشيعة، والأربعة الباقية لجمهور المسلمين. وهي :

- ا _ مذهب الأباضية (١): وهم فرقة من الحوارج يقطنون الآن في تونس وبعض بلاد الجواثر وفي عمان، ومن أهم كتب هذا المذهب السرح النيل، لمحمد بن يوسف أطفيش، طبع بالقاهرة في عشرة مجلدات.
- ٢ ـ مذهب الإسامية الاثنى عشرية : ويمتاز أهل هذا المذهب عن بقية طوائف الشيعة باعترافهم بإمامة موسى الكاظم بن أبى عبد اللَّه جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين، وكان إماما محدثا روى عنه مالك وأبو حنيفة وكشير من العلماء، وتوفى سنة ١٨٦هـ وسموا بالإمامية الاثنى عشرية؛ لأن لهم اثنى عشر إماما، أولهم على، وآخرهم محمد للهدى (٢).

⁽١) نسبة إلى رئيسهم عبد الله بن أباض التميمي كانت حياته أيام بني أمية في النصف الثاني من القرن الأول اليجري.

⁽۲) وهو ابن الحسن السعسكرى بن على الهادى بن مسحمله الجواد بن على الرضا بن مسوسى الكاظم بن جعفر الصادق، وقد زعم الشليعة الإمامية أنه اختفى بالسرداب في سامرا سنة ٢٦٠هـ بعد وفاة أبيه وسيظهر آخر الزمان فيملأ الأرض عدلا. وهم الآن في انتظاره.

- ٣ مذهب الزيدية : وينسبون إلى زيد بن على زين العابدين بن الحسين. وهو الذى خرج على هشام بن عبد الملك، وقتل سنة ١٢١هـ وأتباعه كشيرون فى اليمن. والمؤلفات فيه كثيرة، ومن أشهرها اشرح الفقه الكبيرة المسمى بالروض النفسير وهو مطبوع بالتقاهرة سنة ١٣٤٨هـ، ومذهب الزيدية يلى مذهب الإمامية فى الانتشار وكثرة الاتباع(١).
- ٤ ـ مذهب أبى حنيفة: أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت، قيل: كنى بأبى حنيفة. (وهى الدواة عند أهل العراق)؛ لأنه ما كان يتركها، وقد ولد بالكوفة سنة ٨هـ وفيها تـفقه وظهـ مذهبه، ثم انتـقل إلى بغداد، فتوفى بها سنة ١٥٠هـ.

أخذ أبو حنيفة العلم عن حماد بن أبى سليمان (٢)، وأخذه حماد عن إبراهيم النخعى (٢)، وأخذه إبراهيم عن علىقمة بن قيس النخعى (٤) تلميذ عبد الله بن مسعود (٥). أحد أصحاب رسول الله ﷺ.

كان عبد اللَّه مِن حفظة القرآن ومن العارفين بكثير من السنة، المتصدرين للفتيا في المدينة. لا يجد حرجا أن يعلن رأيه في مسألة يسأل عنها ولا يحفظ فيها نصا. ولكن على أن ذلك رأى له (٦). ولما أرسله عمر بن الخطاب إلى الكوفة وجدها معرضا لكثير من الحوادث التي لم يكن له بها عهد من قبل، فإن في العراق مدنية وحضارة لا توجدان في الحجاز، وللمدنية والحضارة أثرهما البعيد في

⁽۱) أما مذهب الإسماعيلية فيهو مذهب جماعة ينسبون إلى إسماعيل بن جعفر الصادق بن محمد الباتر بن على زين العابدين بن الحسن. وقسد مات صغيرا. وهم في أكشر عقائدهم يخالفون عقائد المسلمين ولهم بقايا إلى اليوم في الهند وإيران والشام وجنوب أفريقيا.

⁽٢) انتبت إلى حماد زعامة الفقهاء في العراق، ويعنه بعض العلماء من المرجنة، وتوفي سنة ١٢٠هـ.

⁽٣) قال فيه الشعبي : ما ترك بعده أعلم منه. وكان مهيبا، نوفي سنة ٩٦هـ.

⁽٤) أنبل أصحاب ابن مسعود توفي سنة ١٦تحـ.

 ⁽٥) كان أعسلم الصحبابة بالقرآن والسنة وسادس المسلميين في المبادرة إلى الإسلام. توفى بالمدينة ئة ٣٢هـ.

⁽٦) كما حدث ذلك فى مسألة المقوضة، إذ سئل عن امرأة لم يفرض لها زوجها مهسرا، ثم ماتت قبل الدخول بها، فأفسى بأن لها مهر مثلها. وقال (إن ذلك رأبي، فسإن بكن خطأ فمنى ومن الشيطان. وإن يكن صوابا فمن الله).

تنوع المعاملات المالية، والارتباطات الاقتصادية والنظم العمرانية المتعلقة بالامن والرى والزراعة وغيرها، وفي كثرة ما يتولد عن ذلك من الحوادث والوقائع التي تنطلب التوجيه والفصل، ولا سبيل إلى هذا إلا بعرضها على أصول الشريعة وقواعدها العامة، وذلك ما يربى في الناظر ملكة الاستنباط ويقويها، فلم يأب عبد الله أن يخطو في ذلك خطوات دعت إليها حاجة الناس وضروراتهم، فيسر ذلك لتلاميذه أن يسيروا في هذه السبيل شوطا بعيدا، فانتشر الاجتهاد وإعمال الرأى في العراق، وساعد على ذلك قلة الأحاديث فيه، فسمى علماؤه بأهل الرأى، كما العراق، وساعد على ذلك قلة الأحاديث فيه، فسمى علماؤه بأهل الرأى، كما وضعف ميلهم إلى إعمال الرأى.

وكان أبو حنيفة _ لما قدمنا _ من أهل الرأى، إماما في القياس وبارعا في الاستحسان، فبرع في الفقه وفي الاستنباط، واشتهر بذلك، وقصده الناس من الاقطار المختلفة لتلقى العلم عنه. وكان يأكل من تجارة الحز، فأفادته ممارسة التجارة تجربة وعلما بالصفق في الأسواق، وكان متهما بالتشيع لأل البيت، حتى قال له زُفَرُ مرة: ما أنت بمنته حتى توضع الحبال في أعناقنا. وكان كثير الصمت، فإذا سئل عن الفقه سال كالوادى. وقد اتصل به كثير من الطلبة، وأخذوا عنه، وعاونوه في وضع المائل والإجابة عنها، وعنوا بتدوين مذهبه، فعرفوا بأصحاب أبي حنيفة. ومن أشهرهم:

۱ - أبو يوسف يعقبوب بن إبراهيم الأنصارى، ولد سنة ١١٣هـ، ولما شب اشتغل برواية الحديث، وتفقه على ابن أبى ليلى(١)، ثم انتقل إلى أبى حنيفة، فكان أكبر تلاميذه وأشهرهم، وهو أول من صنف الكتب فى مذهبه، وأملى المسائل، وقام بنشر المذهب فى أرجاء الدولة العباسية؛ لأنه كان قاضى القضاة فيها، وإليه تولية قضاة الأقطار، وكان لا يولى إلا من أهل مذهبه، وله من الكتب المعروفة الموجودة الآن : "كتاب الخراجة، وتوفى فى عهد الرشيد سنة ١٨٣هـ، وإنما كنى بأبى يوسف؛

 ⁽۱) هو محمد بن عميد الرحمن بن أبى ليلى. ولى التفساء بالكوفة ثلاثا وثلاثين سنة للأصوبين، ثم
 نلعباسيين، توفى سنة ١٤٨هـ.

لأن أحد أولاده كان يسمى يوسف، وهو الذي ولى القضاء في علهد أبيه فكان قاضى الجانب الغربي من بغداد.

٢ - محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. ولد بواسط بالعراق سنة ١٣٦ه، ونشأ بالكوفة، ثم سكن بغداد، واشتغل بالحديث، وانتقل إلى الحجاز لأخذ الحديث والعلم، وتتلمذ لأبى حنيفة وأبى يوسف، وعنهما أخذ طريقة أهل العراق، فنبغ فيها، حتى صار المرجع لأهل الرأى في بغداد، وإليه يرجع تدوين المذهب وحفظه، فقد روى عنه كتب كثيرة: منها ما يسمى بكتب ظاهر الرواية، وهي المسوط، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير، وسميت هذه الكتب بذلك؛ لأنها رويت عنه برواية الشقات، بخلاف كستب النوادر، كالهارونيات والجر جانيات والكيسانيات، وهي كتب لمحمد رواها عنه من لم يصل إلى درجة أولئك في الثقة (۱). وتوفى محمد بالرى بفارس سنة الم يصل إلى درجة أولئك في الثقة (۱).

٣ - زُفَر بن الهذيل بن قيس الكوفى. ولد سنة ١١٠هـ، وكان أولا من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأى، فكان أقيس أصحاب أبى حنيفة، وقد وصف بعض السلف أصحاب أبى حنيفة، فقال : كان أبو يوسف أتبعهم للحديث، ومحمد أكثرهم تفريعا، وزفر أقيسهم. وتوفى زفر سنة ١٥٨هـ بالبصرة.

٤ - الحسن بن زياد اللؤلؤى الكوفى. تتلمذ لأبى حنيفة، ثم لأبى يوسف، ثم لمحمد، وصنف فى المذهب كثيرا من الكتب، ولكن كتبه وآراءه لم تكن فى منزلة كتب محمد وآرائه، وكان أشهر أصحاب أبى حنيفة وأبرعهم فى تفريع المسائل التى للحساب فيها شان لشدة ذكائه، وتوقد قريحته. وتوفى سنة ٤٠٤هـ.

⁽١) راجع رسالة عنود رسم المفتى.

والثلاثة الأولون: هم الذين نشروا مذهب أبى حنيفة وتلقاه الناس عنهم، وكان لهم الفضل الأعظم فى وضع مسائله والإجابة عنها، وما كانوا مقلدين لأبى حنيفة بل كانوا مجتهدين مثله وكثيرا ما خالفوه، ولذا تجد كتب اختفية مشحوبة بآرائهم مليتة بأدلتهم (1). وما كانت نسبتهم إلى أبى حنيفة إلا كنسبة التلميذ إلى أستاذه. وليس المذهب فى الواقع إلا مجموع آرائهم جميعًا، وإنما نسب إلى أبى حنيفة لأنه أستاذهم. أما الحسن بن زياد فكانت منزلته دون منزلتهم (1).

والحنفية منتشرون الآن في الهند والصمين وبلاد الترك والعراق والشام ومصر وما وراء النهر (التركستان) وغيرها.

٦ ـ مذهب مالك بن أنس : الإمام مالك هو أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحى إمام دار الهجرة، وأجل علمائها، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ وعاش بها، وفيها تعلم ولم يرحل عنها إلا إلى مكة لأجل الحج، توفى بالمدينة ودفن بها سنة ١٧٩هـ

أخذ مالك الحديث والعلم عن علماء المدينة، كعبد الرحمن بن هرمز^(۱). ونافع^(١) مولى ابن عمر، والزهري^(۵). وربيعة الرأي^(۱). وغيرهم، وما زال يدأب في حفظ الحديث وتعلم العلم حتى صار محدثا حافظا وفيقيها بارعا، فجلس يحدث ويعلم في مسجد الرسول، وأخذ عنه كثير من العلماء منهم: أبويوسف

⁽۱) وتعنى كتب الخلاف بنسبة كل رأى إلى صاحبه، فيستال فيها: هذا رأى الأثمة، ويراد بهم أبو حنينة وابربوسف ومحمد. وهذا رأى الشيخين، ويراد بهما أبو حنيفة وأبو يوسف؛ لانهما شيخا محمد. وهذا رأى يوسف يتوسطهما في السن، وهذا رأى الصاحبين ويراد بهما أبو يوسف ومحمد، لانهما صاحبا أبى حنيفة.

⁽۲) قسم الحنفية مسائل الفقه ثلاث طبقات: الطبقة الأولى: مسائل الأصول وهي مساجات في كتب ظاهر الرواية التي أشرنا إليها، الطبقة الثانية: مسائل النوادر، وهي ما جاءت في كتب النوادر التي أشرنا إليها، أو في كتاب المجرد للحسن بن زياد. الطبقة الثالثة: الفتارى والواقعات وهي المسائل التي عرضها بعض منقدمي الحنفية واستبطوا حكمها، عما ليس فيه رواية عن أبي حنيفة وأصحابه، ومن الكتب التي عنيت بهذه المسائل كتاب النوازل للفقيه أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي المتوفى سنة ٣٩٣هـ.

 ⁽٣) ريلتب بالأعرج روى عن أبى هريرة وأبسى سعيد، وهو شبيخ الزهرى وأبى الزبير وغيسرهما. توفى بالإسكند.ية سنة ١١٧هـ.

⁽٤) تافع العدوى منولى ابن عمر روى عنه وعن أبى لبناية وأبى هريرة وعائشة توفى سنة ١٢٠هـ. قال البخارى : أصح الاسانيد : مالك عن نافع عن ابن عمر.

 ⁽c) هو محمد بن مسلم المعروف بابن شهاب الزهرى ولد سنة ٥٠هـ، وروى عن ابن عمر واسن وسعيد
 ابن المسيب، وكان مؤديا لولد هشام بن عبد الملك. توفى سنة ١٢٤هـ.

 ⁽۱) هو ربیعة بن أبی عبد الرحسن. روی عن أنس بن مالك، وكان فقیها مجستهدا بصیرا بالرأی، ولذا لقب بربیعة الرأی. توفی سنة ۱۳۲هـ.

ومحمد بن الحسن والشافعي وغيرهم. وقد أجمع الناس على أنه إمام في الحديث موثوق بصحة روايته. وله من الكتب التي بأيدينا: الموطأ في الحديث (١). ومن أشهر تلاميذه الذين تفقهوا عليه وأخذوا عنه مذهبه: عبد اللَّه بن وهب (٢). وعبد الرحمن بن القاسم (٦). ، وقد قاما بتدوين مذهبه مع غيرهما من أصحابه، ونقلوه إلى الأمصار، وأخذ يتتشر حتى غلب على مصر وأفريقيا والمغرب الأقصى والأندلس، وظهر في البصرة وبغداد، وإن ضعف أمره فيهما بعد ذلك، وهو الآن في طرابلس وتونس والجزائر ومراكش وصعيد مصر والسودان وغرب الدلتا، ويوجد في الكويت وبلاد البحرين والمدينة المنورة.

٧- مذهب الشافعى : الشافعى هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس ابن عثمان بن شافع المطلبى من بنى المطلب بن عبد مناف (الأب الرابع لرسول الله ﷺ).

ولد الشافعى بغزة سنة ١٥٠هـ وتوفى أبوه عقب ولادته، فحملته أمه بعد سنتين من مولده إلى مكة، فنشأ بها يتيما فقيرًا، حتى لقد كان معلمه يرضى من أمه أن يخلفه الشافعى فى مكتبه إذا غاب، نظير ما يستحق عليها من أجر تعليمه، فلما شب انتقل إلى هذيل بالبادية، فتعلم اللغة والشعر وفنون الأدب، ثم عاد فلزم المسجد الحرام، وفيه أخذ علوم القرآن والحديث والفقه، فكان فى كل ذلك موضع إعجاب معلميه.

ولما حفظ الموطأ رحل إلى المدينة، فلقى مالكا وقرأه عليه وأخذ عنه فقهه، كما رحل بعد ذلك إلى العراق أكثر من مرة، فلقى فيه من أصحاب أبى حنيفة محمدًا فأخذ عنه وعن أهل الحديث فيه. وفي العراق علم الناس مذهبه الأول أو القديم.

⁽۱) أما المدونة فهى مسائل فقهية جمعها أسد بن الغرات (توفى سنة ٢١٣هـ) على نسق ما كان يفعل الحنفية. ثم أخذ حكمها عن المصريين من أصحاب مالك، وبخاصة ابن القاسم، ثم رحل بها إلى القيروان، فأخدها عنه سحنون (توفى سنة ٢٤٠هـ) وعاد بها إلى مصر سنة ١٨٨هـ، فعرضها مرة أخرى على ابن القاسم فأصلح فبها، ولما تم له ذلك رئيها وبوبها ودعم مائلها بالأدلة الشرعية ورجع بها إلى القيروان، فنشرها فيها، فانتشرت في بلاد المغرب وفي الأندلس.

 ⁽۲) یکنی بأبی محمد. روی عن مالك واللیث بن سعد وسفیان بن عیینه والثوری، وكان مالك یلقبه نقیه مصر، وهو أعلم أصحاب مالك بالسنن والآثار، ولد سنة ۱۲۵هـ وتوفی بمصر سنة ۱۹۷هـ.

 ⁽۳) ویکنی بأبی عبد الله. روی عن مالك واللیث وغیرهما، وكان أعلم الناس برأی مالك وأمنهم علیه.
 نی بمصر سنة ۱۹۱هـ.

وكذلك رحل إلى بلاد فارس وإلى اليمن، فاكتسب من هذه الرحلات معرفة بشئون الناس وتجارب الحياة وعلما بسنن رسول اللَّه ﷺ.

وعاد بعد ذلك إلى مكة وفيها تفرغ لنشر آرائه، فتلقاها عنه بعض الوافدين اليها لأجل الحج، ثم عاد إلى السعراق سنة ١٩٨هـ ومنها توجه إلى مصر سنة ١٩٨هـ فأقام بها حتى توفى ودفن فى دار بنى الحكم ٢٠٤هـ.

وفي مصر أملي على الناس مُذهبه الجديد وهو المذهب المعروف الآن.

قال ابن حجر⁽¹⁾. (انتهت رياسة الفقه في المدينة إلى مالك بن أنس، وقد رحل الشافعي إليه وأخذ عنه ولازمه حتى توفي. وانتهت رياسة الفقه في العراق إلى أبي حنيفة، وقد رحل الشافعي إلى العراق وأخذ عن أصحابه، فاجتمع له علم أهل الرأى وعلم أهل الحديث فتصرف في ذلك وتوسط، حتى أصل الأصول وقعد القواعد، وأذعن له الموافق والمخالف واشتهر أمره وعلا ذكره، وارتفع قدره حتى صار منه ما ضار).

وفى الحق أن ثقافة الشافعى فى اللغة والأدب كانت واسعة ومعرفته بالحديث كانت شاملة، وإحاطته بالفقه كانت مستوعبة. رحل فى طلب الحديث والعلم إلى بلاد كثيرة وأحاط بما كان لدى العراقبين والحجازيين من حديث وفقه، وباحث أهل الرأى ومرن على استنباطهم وحذق فى تفريعاتهم، وأفادته ظروف حياته ورحلاته ومشاهداته لحياة البدو فى البادية، وحياة أهل الحضر فى الحجاز واليمن، ثم العراق ومصر ومايحويان من أنماط منختلفة ونظم متعيرة متعددة، أفاده كل مؤلاء ثقافة اجتماعية وعلما واسعا بأحوال الناس وعاداتهم وسيئاتهم، وكان لهذا أثر بين فى اجتهاده وفى تكوين آرائه.

كان الشافعى فى أول أمره تلميـذا لمالك، فكان من أتباعه، ومتأثرا إلى حد كبير بآرائه، وتابعا له فى كثير من مبادئه، فلما رحل إلى العراق ورأى فيه مالم يكن يراه فى الحجاز تغيرت بعض آرائه، وتكون له مذهب، علمه هناك وأملاه على اصحابه، ولما رحل إلى مـصر سنة ١٩٩هـ، ورأى فيها غير ما كان يرى فى العراق تأثر بذلك أيضا فغير من آرائه، وكون من مجموع ما رأى فى حياته مذهبه المصرى المعروف بالمذهب الجديد، وهو منتشر الآن بدلتا مصر وفى بلاد اليمن وفى

 ⁽۱) هو شهاب الدین أحمد بن علی بن محمد بن حجر المعشلانی الشافعی نزیل التقاهرة ومن جلة علمائها وقضاتها، وأكثرهم تأليفا، وتوفی بها سنة ۸۵۲هـ.

بلاد المريو رجـرر الهند الشرقـية) ويوجـد كثـير من أتبـاعه في الحـجاز وسـوريا وفلسطين.

ومن آثار الشافعى: «كتاب الأم، رواه عنه الربيع بن سليمان المرادى(١) من أصبحابه، و«الرسالة فى أصول الفقه، وهى من رواية الربيع كذلك، وكلاهما مطبوع بمصر، ويباعان فى أسواقها، وهما يدلان على علم واسع ومعرفة مكبنة بتفسير كتاب الله وإحاطة واسعة بسنة رسول الله، ودربة تامة بطرق البحث والاستدلال والغلبة بالحجة.

٨ ـ مذهب أحمد بن حنبل: هو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، وهو عربي الأصل من بنسي شيبان، قسيل : إنه ولد بمرو (من بلاد فارس) سنة ١٦٤هـ وقيل جاءت أمه إلى بغداد حاملا، فولدتِه بها في هذه السنة. وكانت نشأته ببغداد. ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن في سبيل جمع الحديث وحفظه، وتستلمذ للشافعي حين كان بالعسراق وأخذ الفقه عنه، ولذا يعده كشير من الشافعية شافعيا، والواقع أنه ذو مـذهب مستـقل، وقد برع في الحديث حتى لقب بإمام أهل السنة، وله كثيــر من المؤلفات، أشهرها مسنده الكبير في الحديث، وهو أعظم المسانيد وأحسنها وضعا وأصحبها جمعا، انتقاه من سبعمائة وخمسين ألف حديث أو تزيد، وقد طبع بمصر في ستة سجلدات، ويحتسوي على نيف وأربعين ألف حديث. ولنبوغه في الحسديث ودرايته به غلب عليه، حتى لقد اختلف العلماء في عده من الفنهاء، فابن جرير الطبري(٢). في كتاب (المعارف) لم يعد مذهب في المذاهب الفقهينة، والمقدسي(٢). في (أحسن التقاسيم) عده من المحدثين ولم يذكره في الفقهاء. والحق أنه كان سباقا في الناحيتين، وأنه كان من كبار الفقهاء، كما كان من عظماء المحدثين، يتبين ذلك جلياً لكل من يطلع على مذهبه، وما روى عنه في المسائل الفقهيم من آراء وأحكام.

 ⁽١) ولد الربيع سنة ١٧٤هـ، وحين قدم الشافعي مصر سنة ١٩٩هـ، كان الربيع مؤذنا بالمسجد الحامع بالفسطاط (مسجد عمرو) وتوفي سنة ٢٧٠هـ.

 ⁽۲) هو محمد بن جرير الطبری شيخ المفسرين. وإمام الحديث في وقته. وكان مجتهدا. توفي سنة ۳۱۰ هجرية.

⁽٣) هو محمد بن أبي بكر من علماء القرن الرقبع، ألف كتابه أحسن التقاسيم بعد رحلة طويلة.

ويعتنق هذا المنذهب أكثر النجديين الذين يقطنون نجدا وينتشرون الآن فى الحجاز والأحساء (۱). ، وبقية الولايات الشرقية بشبه جزيرة العرب كقطر (۲) وعمان والبحرين (۲). ، ويوجد كذلك فى سوريا ومسصر وفلسطين. وهو أقل المذاهب الأربعة انتشارًا، إذ لم يتح له من الظروف السياسية ما أتيح لغيره من المذاهب الأخرى. فلم تكن السياسة عاملا فى نشره، كما كان لها هذا الأثر فى غيره، وتوفى أحمد ببغداد ودفن بها سنة ٢٤١ هجرية.

الجمع بين المذاهب في العمل

وعلى الجملة فقد أصبحت هذه المذاهب الأربعة مذاهب الجمهور الإسلامى في جميع الأقطار، وقف عند أتباعها وئبذ ما عداها، وجافى من تعبد بغيرها، حتى لقد ذهب بعض المتأخرين إلى ما هو أبعد من ذلك فأفتوا بوجوب تقليد أصحابها دون سواهم، ولم يكن ذلك معروفا في عهد الأثمة، ولم يجتهدوا ليحملوا الناس على تقليدهم، وما كان الناس إلا أحرارًا في تقليد من يشاءون إذا لم يستطيعوا الوصول إلى الحكم بنظرهم.

ذلك ما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ، يتصدى منهم للاجتهاد والفتيا من يرى نفسه أهلا لهما، ويتجنبها من يرى نفسه عاجزا عنهما، وعند ذلك يستفتى من يشاء، ويقلد من يشاء، لا يتقيد بمجتهد معين.

وقد علمت أن باب الاجتهاد قد أقفل منعًا لكشرة الخلاف وقسضاءً على الفوضى فى الأحكام. ورأى بعض العلماء مع ذلك أن يقسر الناس على تقليد إمام من الأثمة الأربعة لما امتازت به مفاهبهم من العناية بالتدوين والدقة فى النقل والحرص على المحافظة عليها، مما لم يكن لغيرها من المذاهب التى اضمحلت، ولم يبق منها إلا ما يذكر فى كتب الخلاف للبحث والمقارنة والموازنة لا للدرس والمعرفة. فكان من الميسور أن يقلد إمام من الأثمة الأربعة مع الاطمئنان إلى قوله وصحة نسبته إليه، دون أن يتوافر ذلك فى تقليد إمام آخر من غيرهم، فلم يجز

⁽١) الاحساء إحدى الولايات الشرقية للممنكة العربية السعودية على الخليج جنوب الكويت. وهي من أكثر البقاء إخراجا لزيت البترول.

⁽٢) نطر شبه جزيرة في الخليج بين الأحساء وعمان.

⁽٣) جزيرة في الخليج شرقى الأحساء.

لذلك تقليد سواهم، على أن ذلك إن ساغ قبوله في بعض الأحوال، فلن يصح في بعضها الآخر، كما لا يصح أن يجعل سببا في قصر الإنسان على تقليد واحد معين منهم، دون أن يكون له الخيرة في أن يقلد من شاء منهم متى شاء، إذا ما اطمأن قلبه إلى ذلك، وليس خلاف بعضهم مع بعض بأبعد أثرًا ولا أشد تجافيا نما كان من خلاف بين أحدهم وبين أصحابه، كأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، فإذا جاز أن يعد مجموع آراء هؤلاء الشلائة مدهبًا، فلم لا يجوز أن يعد ما نقل عن جميع الأثمة من الآراء مذهبًا واحداً كذلك، يتبين منه حكم الله في المسائل المختلفة، بحسب ما يفهم كل مجتهد؟

ذلك ما أراه حقا. وذلك ما يجب أن تبنى عليه دراسة الأحكام الفقهية فى المعاهد المختلفة، حتى يتبين ما لعلماء الإسلام من بحوث، ويتكشف ما كان لهم من نظر، وحتى لا يغيب عن طالب الفقه ذلك التراث المجيد، وما يحويه من أنظار واتجاهات فى شرعه، لم يصل إليها الشرع الوضعى فى هذه الأيام على تعدد نظرياته وتنوع بحوثه.

خلاصة المقدمة

الشريعة الإسلامية:

ما شرعه الله لعباده من الأحكام. فيما كان الغرض منها بيان العقيدة الإسلامية سميت بعلم الكلام، وما كان الغرض منها تهذيب النفوس سميت بعلم الأخلاق، وماكنان الغرض منها تدبير شئون الناس وتنظيم روابطهم سميت بعلم الفقه.

وجميعها من شرع الله تعالى، سواء أكان ذلك شرعا جديدا أم إقرارًا لعرف قائم، قال تعالى : ﴿إِنْ الحكم إلا لله﴾ وليس للرسول عليه الصلاة والسلام فيها إلا الإبلاغ والبيان، وطريقه إلى ذلك : تبليغ ما نزل عليه من القرآن، ثم بيانه للناس بقوله وفعله وإقراره. وهذا ما يعبر عنه بالسنة.

وبوفاته بَيْنَ تم وضع الشريعة، وليس على الناس بعد ذلك إلا تطبيقها، وقد بين لهم النبى الطريق إلى ذلك فى حديث معاذ بن جبل حين ولاه القضاء فى اليمن. فقد قال له : "بم تقضى؟ قال : بكتاب الله. قال "فإن لم تجد؟" قال : أقضى بسنة رسول الله. قال "فإن لم تجد؟" قال معاذ : فبرأيى. قال عليه السلام: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ثما يرضى الله.

وعلى هذه الطريقة: كان قيضاء أبى بكر وعمر ومن جاء بعدهما. فكانوا يرجعون إلى كتاب الله، فإن لم يجدوا رجعوا إلى سنة رسول الله، فإن لم يجدوا نظروا واجتهدوا. فإن اجتمعوا على رأى فذلك الإجماع، والحكم حينشذ ما اجتمعوا عليه. ولا يجوز مخالفته، وإن اختلفوا فلكل منهم رأيه والحكم الذى ذهب إليه، وعليه حينئذ أن يتبعه، ولا يلزم به غيره إلا إذا رآه، فإذا كان ذلك الحكم نتيجة لإلحاق أمر بآخر يماثله ويشترك معه في علته فذلك هو الحكم بناء على القياس، وإن كان نتيجة العمل بالأصول العامة وبروح التشريع فذلك هو الحكم بناء على مجرد النظر والاجتهاد. ومن ثم كانت دلائل الأحكام في عهد الرسول: الكتاب والسنة، ومن بعده صارت: الكتاب والسنة والإجماع والقياس أو النظر.

وقد حافظ الصحابة على القرآن فدونوه جميعا في صحائفهم، وحفظوه كله في صدورهم، ولم يفعلوا ذلك بالسنة خشية أن تختلط بالقرآن، فكانت موزعة بينهم يعرف بعضهم منها مالم يعرف الآخر، ومنهم المقل ومنهم المكشر. وكان اختلافهم في حفظها ومعرفتها واختلاف العلماء في طريق الاستيثاق من صحتها سببا للاختلاف فيما أخذوه عنها من الأحكام، كما كان النظر فيها وفي القرآن بعد وفاة الرسول لاستنباط الأحكام منهما سببا أيضا في مثل هذا الخلاف، وذلك لتفاوت الناس في أفهامهم ومداركهم وطبائعهم.

وقد اتسع هذا الخلاف وامتد بامتداد الفتوح واتساع البلاد ودخول أمم مختلفة العدات والأفكار في الدين الإسلامي. وظهر في ذلك الزمن كثير من المجتهديسن الذي عنوا بالفقه وتعليمه، فكان لكل منهم بسبب ذلك مذهب خاص ينسب إليه، اتبعه كثير من العدامة والمتعلمين الذين أيدوه ونشروه، ومن هذه المذاهب مالم يتح له عوامل البقاء والانتشار فاضمحل ودرس، كمذهب الأوزاعي بالشام، ومذهب الظاهرية ببغداد، ومذهب الحسن البصري بالبصرة، ومنها ما بتي بالشام، ومذهب الطاهرية ببغداد، ومذهب الحسن البصري بالبصرة، ومنها ما بتي الى اليوم، كمذهب أبي حنيفة (٨٠ ـ ١٥٠) ومذهب مالك (٩٣ ـ ١٧٩) ومذهب الميان ومذهب الشافعي (١٥٠ ـ ٢٤١) ومذهب احمد بن حنبل (١٦٤ ـ ٢٤١) ومذهب النيدية في اليمن والإمامية في إيران والعراق، والاخيران من مذاهب الشبعة.

وليس الخلاف بين هذه المذاهب خلاف على الأصول والمبادئ ولكنه خلاف فى الفهم وطريقة التطبيق.

ولما كان القصد إلى دراسة المعاملات المالية وكان محلها المال وأساسها الملك والعقود المالية، وسيكون والعقد، كان كتابنا في التعريف بالمال وفي بيان الملك والعقود المالية، وسيكون الأساس بيان مذهب الحنفية. فإذا وجدنا حاجة إلى بيان غيره ذكرناه مع نسبته إلى صاحه.

باب الهال

المال: يذكر ويسؤنث، فيقسال هذا المال وهذه المال، كسما في المصباح. وفي القاموس: المال ما ملكته من كل شيء، وإذن فهو يشمل جميع ما تملكه من ذهب وفضة وحيسوان ونبات وأرض ومنفعة (١)، ولا يتناول ما في السبحر من الاسسماك، وما في الفلاة من صيد، وما في الغابات من أشجار وشمار ونبات؛ لأنها غير علوكة.

والمال فى اصطلاح الشرعيين: كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعا عاديًّا، وعملى ذلك لا يعد الشيء مالاً عندهم إلا إذا توافر فيه أمران: إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعا عاديا سواء أكان محرزا ومنتفعا به فعلا، كجميع الأشياء التي تملكها من أرض ومتاع وحيوان ونقود، أم غير محرز ولا منتفع به، ولكن من المكن أن يتحقق فيه ذلك، كجميع المباح من الأعيان، مثل السمك في البحر، والطير في الجو، والصيد في الفلوات، والشجر في الغابات، إذ من المكن أن يحاز كل ذلك وينتفع به.

اما ما لا يمكن حيازته فلا يعد مالاً وإن انتفع به، كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها، وكذلك ما يمكن حيازته دون أن يكون الانتفاع العادى به محكنا، كحفنة من تراب وقطرة من ماء ونملة، فلا يعد شيء من ذلك مالا، وإن أحرز فعلا. ولذا تزول عن المال ماليته إذا قل حسى صار إلى حالة لا ينتفع بها انتفاعا عاديا، كحبة من أرز، لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها عادة.

وهذا البيان قريب من بيان بعض العلماء له كصاحب الكشف الكبير، فقد ذكر أن المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة إليه، وأن المالية تثبت بتمول الناس أو بعضهم، أى باتخاذهم الشيء مالا، فإن الناس لا يميلون بطبعهم ولا يدخرون إلا ما يمكنهم إحرازه والانتفاع به، ولم يتمولوا من الأشياء إلا ما توافر فيه ذلك.

⁽١) وهل يشمل الحقوق أيضا بناه على أنها مملوكة ؟ مقتضى الإطلاق ذلك، فلينظر.

ومن هذا يظهر أن الخمر تعد من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها^(۱)، ولأن بعض الناس كالذميين قد تمولوها، ومثلها في ذلك الخنزير والمنخنقة والموقوذة ونحوهما^(۱)، هذا وقد يمنع الشارع الناس جميعا من أن ينتفعوا بعين من الأعيان وعندئذ لا تعد من الأموال لعدم إمكان الانتفاع بها مع حظر الشارع ومنعه الناس ن أن يتمولوها. وذلك كالميتة حتف أنفها^(۱)؛ فلا يعد لحمها ولا شحمها ولا ما تجرى فيه الحياة من أجزائها من الأموال. أما أجزاؤها الأخرى، كالعظم والشعر والصوف، فإنها تعد من الأموال؛ لأن الشارع أجاز الانتفاع بها بعد تطهيرها^(۱)؛ وكذلك الإهاب؛ لأن السنة قد جاءت بجواز الانتفاع به بعد دبغه^(۱).

وبما تقدم يتبين أن العبد مال لأنه يحرز وينتفع بـخدمته(٦). وأن الحر ليس بمال لأنه لا يجوز شرعا إحرازه للانتفاع، وإن جاز استثجاره لينتفع به.

هل المنفعة من المال؟ ـ ومقتضى هذا التعريف : أن المال لا يكون إلا مادة حتى يتأتى إحرازه وحيازته، ويترتب على ذلك : أن منافع الأعيان، كسكنى المنازل، وركوب السيارات ولبس الثياب لا تعد مالا، وكذا حقوق الإنسان.

أما المنافع فإنها ـ وإن أمكن الانتفاع بهـا ـ لا يمكن حيازتها؛ لانها أعراض تتجدد بتجـدد أوقاتها، وتحدث آنا فآنا باكتسـابها، وعمل مبتغيهـا وطلبه، فإذا ما

⁽۱) فإن الذمى يتنفع بها فى بلاد الإسلام ولا يتعرض له فى ذلك. ويجوز لمن أسلم وهو يملك خمرًا أن يوكل ذميا ببيعها له عند أبى حنيفة.

⁽٢) راجع الهداية ورد المحتار. والبحر من كتاب البيم.

⁽٣) الحتنُّ : الهلاك. ومعنى مات حتفُ أنفه : أنه مات على فراشه متنفسا مـن أنفه، أي انقضى رمنه على هذه الحال، من غير ضرب أو قتل أو حرق، ولذا خص الأنف من بين سائر الأعضاء.

^(؛) وذهب بعض العلماء إلى أن المستة بجميع أجزائهما نجسة لا تقبل الطهارة، ولا يجموز الانتفاع بشيء منها، فلا يكون شيء منها مالا.

 ⁽٥) وإذا أردت في ذلك تفصيلا وبيانا أعم فارجع إلى هذا الموضوع في الجزء الأول من كتابنا فقه القرآن والسنة.

⁽٦) وفى البحير عن الحاوى القيدسى: أن المال اسم لغيير الآدمى خلق لمصالح النياس، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، والعبد، وإن كنان فيه معنى المالية ـ ليس بمال حقيقة، حتى لا يجوز لمالكه فنه ولا إهلاك ولا إعناته اهـ بنصرف.

ولكن يلاحظ على هذا التفريع أنه غير وجيه؛ لأن التصرف في المال علمي العموم مقيد بالصلاحية وعدم خروح عن الحدود الشرعية.

انتفعت بسكنى منزل فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه، وسكناه فى يوم معين غير سكناه فى يوم آخر، بل إن سكناه فى ساعة معينة غير سكناه فى ساعة أخرى. وإذا ما أردت القسراءة فى كتاب فلا توجد إلا إذا فستحت الكتاب ونظرت فيه، وتكون قراءتك فيه عند ذلك غير قراءتك فيه بعد هذا الوقت، لاختلاف المقروء واختلاف الوقت، وهكذا ترى أن منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها، وإنها قبل الطلب والاكتساب معدومة لاوجود لها فى عالم الأعيان، وإذا وجدت فقد وجدت لتفنى حال وجودها، وإذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها ولا إحرازها، فلا تكون مالا؛ لأن المال كما تقدم ما يمكن حيازته، وهذا مذهب الحنفية(۱).

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع أموال، وليس بلازم فى المال أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفى أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محالها ومصادرها، فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا، فإذا ما وسعنا معنى الحيازة والإحراز، فجعلناه أعم من أن يكون مباشرة أو بالواسطة كان التعريف شاملا المنافع؛ لأنها عمكنة الحيازة بإحراز أصلها، وكذلك ينتفع بها. وبذلك نستغنى عن أن نعَرَّف المال تعريفا آخر مثل : مايجرى فيه البذل والمنع.

واعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والمتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، ومالا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عد طالبه من الحمقى والسفهاء، وربحا حجر عليه، ولذا كان فى المنافع مسجال واسع لمعاملتهم المالية، وليس أدل على ذلك من إقامة الخانات والفنادق، والحوانيت، والأسواق، وبناء دور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية، وبناء البواخر، وما إلى ذلك عما هو معد للاستعلال بالاستعاضة عن منافعه، ولذا

⁽١) يلاحظ أن الأساس في موضوع هذا الكتاب : هو بيان مذهب الحنفية، وعليه إذا لم نسب الحكم إلى مذهب معين، كان هذا الحكم للحنفية.

جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال، كما فى الإجارة، وأن تكون مهرا. وقد جعله الله من الأموال لقوله تعالى (٢٣: ٤) ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾، أى أحل الله لكم أن تطلبوا بأموالكم زوجات لكم محصنين أنهسكم غير زانين ممن لم يحرمه عليكم من النساء فى الآيات السابقة.

وثمرة هذا الخلاف تظهر في أحكام كثيرة، من أحكام الإجارة والخصب وغيرهما، وسيمر علينا فيما يأتي كثير منها. ومن هذه الأحكام: تضمين الغاصب قيمة ما انتفع به من منافع المال المغصوب، ولا يرى الحنفية أن يضمن لأنه لم يستهلك بانتفاعه مالا، إذ المنافع ليست أموالا؛ ويرى الشافعية أن يضمن قيمة ما انتفع؛ لأنه انتفع بماله، وقد استثنى الحنفية من هذا الحكم: الموقوف، ومال اليتيم، والأعيان المعدة للاستغلال(۱). ولا شك أن ذلك الاستشناء نتيجة شعورهم بما في رأيهم من مجافاة لما يجب لليتيم وما في حكمه من إصلاح، وإذن فماذا كان يسمنعهم أن يقولوا: إن المنافع من الأموال، فيعم هذا الإصلاح جميع الناس. ولم يأت كتاب ولا سنة بأن المنفعة ليست بمال.

وقد أخذ التشريع الوضعى برأى الشافعية فاعتبر المنافع من الأسوال. كما اعتبر حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع وغير ذلك من عناصر الذمة الإيجابية مالا. فكان المال فيه أعم من المال عند الفقهاء.

وأما الحقوق(٢). فلا تعدو في الواقع أن تكون منفعة يقرها الشارع لفرد أو

⁽۱) تعتبر العين معدة للاستغلال إذا أوجدها مالكها أو تملكها لهذا الغرض، كدار بينيها ليؤجرها أو سيارة يشتريها لذلك، وكذلك تعتبر معدة للاستغلال إذا أجرها مالكها ثلاث سنين متوالية أو أعلن في الناس أنه قد أعدها للاستغلال، ويبطل إعداد العين للاستغلال بموت مالكها وببيعه إياها (راجع رد المحتار ج ٥ ص ٥٨ من كتاب الإجارة طبعة الحلمي).

⁽٢) الحقوق جمع مفرده حق. وللحق في اللغة معان كثيرة منها: أنه اسم من أسماه الله تعالى، وأنه خلاف الباطل، وهو الأمر المقسضي، وهو المال، والملك، والموجود الشابت، وهو كذلك مصدر حق الشيء يحق، من باب ضرب وقتل إذا وجب وثبت، ومن هذا قبل لمرافق الدار: حقوقها، وهو أيضا مصدر حققت الأمر أحقه إذا أوجبته أو جعلته ثابتا أو تبقنته. ومن هذا يتبين لنا أنه في استعمالاته المختلفة يفيد الوجود والثوت، وذلك دليل أنه أصل معناه، وإذن فهو على الجملة الأمر الموجود الثابت.

ولا يختلف استعماله عند الفقياء عن استعماله اللغوى، فهم يستعملونه دائما فيما ثبت لإنسان بمقتضى =

= الشرع من أجل صالحه. كما يستعمله علماء القانون فيما ثبت له من قائدة أو مصلحة بطريق القانون. ولذا يطلق في الفقه الإسلامي على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيرك، أو بذلها له في بعض الأحيان، أو التنازل عنها كذلك، فيطلق على الأعيان المملوكة، فيتقول: هذا الكتاب حتى من حقوقي، ويطلق على المنافع أو الكتاب حتى من حقوقي، ويطلق على المنافع أو المصالح على وجه عام، فتقول: سكتى هذه الدار حق للموصمي له بمتفعتها، وطلب اليمين من المدعئ عليه المصالح على وجه عام، فتقول: سكتى هذه الدار حق للموصمي له بمتفعتها، وطلب اليمين من المدعئ عليه وقل للمدعى، والحفسانة حق للأم، والولاية على النفس وعلى المال حق للأب، والشفعة حق للشربك، ولفلان حق المرور في هذا الطريق، أو حق العلو على هذا البناء وهكذا. وقد يستعمله الفيقهاء مع ذلك في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، وعند ذلك لا يريدون به ذلك المنى العام الذي سبق بيانه، وإنما يريدون به نلك المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق الشفعة، وحق الحيار، وحق الخيار، وحق المدين قبل المدين، وحق الكفاءة في الزواج، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة والولاية وما إلى ذلك.

وهو ببنا المعنى ينقسم عند الحنفية إلى : حق مجرد وحق غير مجرد. فالمجرد ما كان غير متقرر في محله، ومعنى ذلك : أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه، بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيشته، إن رأى الحير في الانتفاع به انتفع وإن رأى غير ذلك ترك، دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه نغير في حكم ذلك المحل، وذلك كحق الشفعة، فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشترى، وملكية المشترى لهدفا العقار قبل التنازل عن الشقعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالبيع إلا على هذا الوجه، ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشترى فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها، وكذلك الحال في حق المرور بالنبة فيه والذين بالنبة للدائن، وحق الولاية على المال بالنبة للمال وهكذا.

وغير المجرد هو ما له تعلق بمحله تغلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثرا أو حكما قائما يزول بالتنازل عنه وذلك كحق القصاص؛ فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولى القصاص، ولكن بالتنازل عنه يصير معصوم المدم. وكذلك حق الاسترقاق، له أثر ظاهر فى الرقبق فإذا أعميته سيده زال ذلك الأثر، وحق استمناع الزوج والزوجة، فإن له فى الزوجة أثراً يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق رجعت لها حريتها وهكذا.

ومن هذا يرى أن (الحق) لا يعدو أن يكون منفعة أو مصلحة لشخص، وإنها قد تتعلق بالأموال كحق الشفعة وحق المروز في الطويق وحق الشسرب وحق المسيل. وقد تتعلق بما ليس بمال، كحق العلو لتعلقه بالهواء أو بالفراغ، وحق الحيضانة لتعلقه بالصغير، وحق الاستمستاع بالزوجة وحق القصياص وهكذا. وقد تكون هذا المصلحة أمرا اعتباريا لاوجود له إلا بفرض الشارع، كحق الشفعة وحق الحف أنة. وقد تكون أمرا ذا وجود خارجي، كحق السكني وحق المروو وحق الشرب. وعلى أية حال فالحق على هذا المعنى عند الحنيفة ليس من المال، سواء أكان متعلقا بالمال أم غير متعلق به، لأنه أمر معنوى ليس في الإمكان حيازته. ومن هذا قالوا: إنه لا يباع ولا يوهب، لان محل البيع والهبة لا يكون إلا مالا (واجع الهداية في باب البيع) ويعنون بهذا أنه لا يجوز بيع الحقوق استقلالا غير تابعة للأموال. أما يبعها تابعة للأموال فيجوز إن كانت متعلقة بها. كحق المرور وحق الشرب وحق المسيل: فإذا بيعت تبعا للعقار الثابتة له جاز البيع، لأن البيع كما يكون في الأموال يكون كذلك في كل حق متعلق بها إذا بيع تبعا لها ولم يبع منفردا. وعلى أن بعض الحنفية قد ذهب إلى جواز بيع بعض هذه الحقوق استقلالا كحق الشرب، وعلله بأنه نصيب من الماء وهو مال كما سيأتي (واجع البدائي برة ص ١٩٥ ففيها أنه مال ليس بمال).

ولا يعارض هذا الأصل أن بعض هذه الحـتوق ـ وهى ما كان منـها غير مــجرد ـ يصح إسقاطهــا نظير المال. وذلك كحق القصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له فى العين الموصى بمنفعتها، فيجب المال لصاحب الحق بإسقاطه لأن جواز ذلك ليس على معنى المعاوضة المالية بين الحق والمال، ولكن جوازه مبنى على أن = لأفراد، وعلى ذلك لا يعدها الحنفية من الأموال، لعدم إمكان حيازتها أيضا، سواء أكانت متعلقة بمال كحق المرور وحق المسيل الشابتين على أرض لغير صاحبهما، أم كانت متعلقة بما ليس بمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجه، وحق الأم في حضانة صغيرها. أما غير الحنفية فيعدون الحق مالا إن أريد به منفعة هي مال، كحق المستأجر في العين التي استأجرها، ولا يعدونه مالا إن أريد به أمر من الأمور المعنوية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الحضانة وحق الزوج في الاستمتاع بزوجه.

- ملكيته هذه الحقوق تشبه ملكية العين أو ملكية المنفعة، فجاز أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن النزم له بالمال، كما جاز أن تقوم المنفعة بعقد الإجارة، فإذا أسقط صاحب هذا الحق حقه نظير مال معلوم فقد استحقه عوضا عن الحق لتقومه بهذا التسعاقد. وإن لم يكن في الواقع مالا. وهذا ما ذهب إليه صاحب الكافي (واجع العنابة في الصلح) ولهذا السبب لم يجوز الحنفية إسقاط الحقوق المجردة نظير المال، كحق الشفعة مثلا وحق الأجل في الدين وحق النظر على الوقف؛ لأنها لعدم استقرارها في محلها لم يكن ملكها شبيها بملك المنفعة. فلم تقبل أن تتقوم بالعقد لذلك، فإذا أسقطت نظير مال سقطت ولم يجب المال، وإذا أدى فعلا كان لمن أداه أن يسترده لأنه في الواقع وشوة بالنظر إلى معطيه وإلى آخذه على السواء. وبهذا اختلف حكمه مع المال الذي يدفعه المدعى عليه المنكر للدعوى إلى المدعى ليترك دعواه. فإن المدعى يأخذه نظير ما يدعيه من الحق في نظره والمدعى عليه يبذله دفعا للضرر عن نفسه وفداء عن يعينه. فلم يتمحض وشوة من الجانبين؛ فلذلك صح بذله والمدعى عليه يبذله دفعا للضرر عن نفسه وفداء عن يعينه. فلم يتمحض وشوة من الجانبين؛ فلذلك صح بذله والمورة.

والأصل عند الحنشية: أن الحقسوق تسقط بالإسقساط، ولكن بعضها على خلاف هذا الأصل فسلا يسقط بالإسقاط، كسحق التملك وما في معناه كحق الميراث، وحسق المستحق في الوقف، وحق المستعبر في الانتفاع بالعارية قبل رجوع مالكها، وحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، وحق النظر على الوقف لمن شرط له عند بعض الحنفية (واجع رسالة سقوط الحقوق وهي مطبوعة مع الاشباه والنظائر وحاشية الحموى).

ذلك ما يستخلص من كلامهم، والذي يتتضيه النظر عندى: أن الحق إذا ما جاز لصاحبه أن يستطه شر فلا مأتع من أن يتعاقد مع آخر على إسقاطه نظير مال ممعلوم يستحقه بذلك التعاقد، ولا يعد ذلك من قبيل الرشوة؛ لأنه يأخمة نظير حق ثابت بالشرع، ولا مانع من أن يعتمبر متضوما بالتعاقد، كمما قالوا في بعض الحقوق.

وذهب بعض العلماء من غير الحنفية كالمالكية إلى أن الحق إن اطلق على عين أو على منفعة فهو من المال، وإن استعسمل فيما أباحه الشارع للنساس من مصالح وكل التمسك بها أو عسدمه إلى رغبتهم لم يعسد حينبذ من المال، كحق الحياروحق الحضانة وحق التسطليق وحق التزويج زيادة على واحدة وحق حبس الرهن وحق الرجوع في البهة وما إلى ذلك عا جعل مرجعه إلى اختيار الإنسسان ومشيئته، سواء أجاز إسقاطه نظير المال كحق الزوح في المتعة وحق الشماص أم لم يجز؛ لأن المال إنما وجب في هذه الحسال لحمل صاحب الحق على إسقاطه، لا أداء لتيمة الحق عندهم، إذ ليس له قيمة مالية.

وإن استعمل فيما يوفى بالمال ويتول إليه كمان مالا. وذلك كحق الدين. ولذا يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة، فيينعه لشخص ثالث خلاف المدين ويهبه له ويستبدل به من المدين نفسه عوضا آخر وهكذا.

أقسام المال

للمال اعتبارات مختلفة يتنوع بسببها أنواعا متعددة، فبالنظر إلى ما يكون له من حرمة وحماية ينقسم إلى: متقوم وغير متقوم، وبالنظر إلى وضعه واستقراره ينقسم إلى: عقار ومنقول، وبالنظر إلى تماثل آحاده ينقسم إلى: قيمى ومثلى(١). وقد دعا إلى هذه القسمة اختلاف هذه الأنواع في الأحكام، وسنبين بعضه فيما يأتى:

المتقوم من المال ـ يراد بالمال المتقوم ما كـان له قيمة تستوجب تضمين متلفه عند اعتدائه عليه. وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة.

ولا يثبت التقوم للمال إلا بتوافر أمرين.

الأول _ إحرازه وحيازته فعلا.

الثاني ـ جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا.

وعلى ذلك فالمال المباح قبل حيازته، كالذهب في مناجمه، والفيضة في معادنها، والطير في أجوائه، والسمك في مائه، والكلا _ الحشيش ينبت بلا فعل أحد _ في أرضه، لا يعد متقوما قبل إحرازه، إذ لا حرمة له ولا حماية، وإذا أتلفه متلف لم يضمن له قيمة، فإذا ما حيز، وكانت حيازته في وسط يجوز الانتفاع به، كان متقوما وكانت له حرمة، وضمن من اعتدى عليه فأتلفه أو نقصه، وإذا كان في وسط لا يجوز الانتفاع به لم تكن له حماية ولم يكن متقوما ولم يضمن متلفه.

وعلى ذلك فالمال نوعان : متقوم وغير متقوم، فالمتقوم ما حيز وجاز الانتفاع به شرعا في حال السعة والاختيار، وهي الحال التي لا يكون الإنسان فيها مضطرا إلى الانتفاع به، كالنقود والعروض والدور والأراضى. وغير المتقوم هو مالم يتوافر فيه أحد الأمرين : الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار، فالخمر والخنزير في حق المسلم مال غير متقوم؛ لعدم جواز انتفاعه بهما، وكذلك الميتة التي ماتت من غير ذكاة والدم المسفوح «السائل»؛ لأن الشارع قد حرمها على المسلمين في

⁽١) سمى المثلى مثليا؛ لأن ضمانه يكون بمثله. وسمى القيمي قيميا؛ لأن ضمانه يكون باداء قيمته.

غير حال الاضطرار، قيال تعالى: (٤: ٥) ﴿ حرمت عليكم المينة والدم ولحم الحنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب (١) إلى أن قال: ﴿ فَمَنْ اصْطَرُ فَى مَخْمُصَةً (١) غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم .

أما في حال الاضطرار، كأن يصيب الإنسان جوع يخشى منه الهلاك أو يظمأ ظمأ شديداً يخاف على نفسه منه، فلا يجد غير الميتة والخمر، فقد أجيز أن يتناول منها بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه فقط غير ماثل في ذلك إلى إثم، فلا يبغى ولا يعتدى. والخمر والخنزير مال متقوم في حق الذميين (٢). لجواز انتفاعهم بهما حال السعة والاختيار؛ ولذا كانت لهما حرمة وحماية في أيديهم، ويضمن قيمتهما من يتلفهما في هذه الحال، وهذا رأى الحنفية، لأنسا قد أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

وفائدة هذه القسمة تمييز أحد القسمين من الآخر عند بيان أحكامهما المختلفة وعند النظر في تطبيقها، وهذه أهمها:

ا ـ المال المتقوم يضمن مـ تلفه عند تعديه عليه، وغير المتـ قوم لاضمان على متلفه، ولذا لو أتلف مسلم لمسلم آخر خمـرا بإراقته لم يضمن له شيئا، لأنه غير متـقوم في حق المسلمين. ولو أتلفه لذمي ضمن له قـيمته عند الحنفية؛ لأنه مـال متقوم في حقه. ولو أتلف إنسان سمكا في بحر لم يضمن شيئا، لعدم تقومه بسبب عدم إحرازه، وكذلك لو أحرق غابة غير علوكة، وهكذا.

⁽۱) المنخنقة : الدابة التى ماتت بالخنق. والموقودة : الدابة التى تمسوت بسبب الوقد بخشب او حجر او حديد مدبب. والنطيحة : الدابة التى نطحتها أخرى فماتت. وما أكل السبع : أى ما أكل منه أى سبع فمات بسبب ذلك قبل التذكية. وما ذبح على النصب : أى ما ذبح لغير الله. والنصب : حجر كان ينصب بجوار الكعبة لأجل الذبح عليه.

 ⁽٢) المخمصة : المجاعة. غير متجانف لإثم : أي غير ماثل له وغيـر منحرف إليه، بأن ياكل تلذنا أو متجارزا ما تدعو إليه ضرورته.

 ⁽٣) خالف فى ذلك الشافعية بناء على أنهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم وفق معاملاتنا، وأن لهم ما لنا وعليهم ما علمينا، فالانتفاع بالخمر والحنزير غير جائز بالنسبة إلينا وإليهم على السواء. فلا يشبت لهما نقوم.

٢ ـ المال المتقوم يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية كالبيع، فيصح أن يكون مسيعا كما يصح أن يكون ثمنا، ويصح أيضا أن يوهب وأن يوصى به وهكذا، ولا يصلح غير المتقوم أن يكون مبيعا، وإذا بيع كان العقد باطلا، كما لا يصلح أن يكون ثمنا، وإذا جعل ثمناً كان العقد فاسدا(١) عند الحنفية. وعلى ذلك لا يصح بيع الخمر من مسلم، ويصح من ذمى لمثله، ولا يصح بيع الأموال المباحة ولا هبتها ولا الوصية بها لعدم تقومها.

العقار والمنقول

العتار:

مالا يمكن نقله وتحويله عن مكانه، ولا يشمل غير الأرضين، سواء أكانت زراعية أم معدة للبناء أو لأى انتفاع آخر. والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه سواء أبقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته، أم تغيرت به هيئته وصورته، فيسشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفيضة والمعادن في مناجمها، والمكيلات والموزونات وجميع أنواع المال ماعدا الأرضين نفسها، فالشجر، والبناء والقناطر من المنقول لإمكان نقلها وإن تغيرت صورتها به، إذ به يصبح البناء أنقاضا والشجر أخشابا أو أحطابا، والقناطر قضبانا، وقد خالف في ذلك مالك فجعلها من العقار؛ لأن المنقول في رأيه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته، وغير ذلك العقار. وفائدة هذه القسمة تظهر في بيان أحكام كل من المنقول والعقار عند إرادة تطبيقها.

ان الشفعة (۲) لا تثبت في المبيع إلا إذا كان عقارا، فلا شفعة في المنقول إذا بيع استقلالا كما سيأتي.

٢ ـ إذا بيع العقار جاز لمشتريه أن يتصرف فيه ببيعه مثلا قبل أن يتسلمه من البائع عند الشيخين، وإذا بيع المنقول لم يجنز لمشتريه أن يبيعه قبل أن يتسلمه عند أثمتنا الثلاثة، وسيجى بيان هذا فى باب البيع.

⁽١) ستعرف فيما يأتى أن العقد الباطل لا يترتب عليه أى أثر، وأن الفاسد قد يترتب عليه أثر شرعى.

⁽٢) ستعلم أن الشفعة حق أخذ العقار من مشتريه رضى أم أبي بما قام عليه من المال.

- ٣ ـ يجوز للوصى على الصغار أن يبيع منقولهم متى رأى المصلحة فى ذلك، وليس له أن يبيع عقارهم إلا إذا وُجِد لذلك مسوغ شرعى، كبيعه لإيفاء دين أو لرغبة فيه بضعف قيمته أو لزيادة نفقاته على غلاته أو نحو ذلك مما هو مفصل فى موضعه.
- ٤ فى حال بيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين الأجل وفاء دينه، يبدأ أولا ببيع المتقول، فإن لم يف ثمنه بالدين بيع العقار، لما فى ذلك من مصلحة المدين.
- ٥ ـ لا يثبت حق ارتفاق على مال منقول. وإنما يختص ذلك بالعقار كما سيأته (١).

المثلى والقيمي

الثلي:

نسبة إلى المثل، ويطّلق فى الشريعة على الأموال التى تقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد. فما يقدر بالوزن جميع الموزونات، من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها، ومن المصنوعات كالصابون والأسمدة وكثير من أنواع الحلوى، ومن الأثمار كالمشمش والبلح والتفاح وغيرها. ومن الموزون غير ذلك كثير، وما يقدر بالكيل جميع المكيلات من الحبوب، كالبر والأرز والشعير والذرة وغيرها. ومن السوائل الزيوت بأنواعها وغيرها. وكثيرا ما يستعمل الوزن فى

⁽١) ونما يختلف فيمه العقار مع النقول الوقف عند الحنفية فالعقار يصح وقيفه عندهم والمنقول لا يصع وقفه عندهم، إلا في أحوال ثلاث :

[.] ١ - أن يرد بصحة وقفه أثر كما في وقف الخيل والسلاح.

٢ ـ أن يجرى العرف بوقفه كما في وقف الكتب والجنائز.

٣ ـ أن يكون تابعا للعقار، كأن يقف ضيعة بما فيسها من أشجار ومبان وحيوان. ومرجع ذلك عندهم إلى ما للوقف من صفة الدوام، ولأجلها اختص به العقار؛ لأنه دائم بخلاف المنقول لأنه غير دائم. ومن العلماء من ذهب إلى جواز وقف المستقول متلقاأوبرأيهم صدر قانون الوقف إذ نص في المادة الثامنة منه على جواز وقف العقار والمنقول على السواء.

تقدير المكيلات، كما شاع ذلك الآن في الزيوت، وبعض الحبوب كالبر، وعندئذ تعتبر كذلك من الموزونات للعرف. وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الآحاد التي لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم، كالبيض والبرتقال والليمون. وزاد بعض العلماء: إذا كان ذلك من نوع واحد. وهذا ما تجب مراعاته، فاختلاف البيض بالكبر والصغر يترتب عليه اختلاف القيمة واختلاف نوع البرتقال والمانجو يترتب عليه كذلك اختلاف القيمة.

وعلى الجملة فأساس اعتبار المال مثليا في الشريعة أمران: التماثل بين أجزائه عندما يكون معدوداً. مع ملاحظة وجوده كذلك في الأسواق، فالأرز إذا كان موجودا في الأسواق كان مثليا لتماثل أجزائه وتشابهها إلى درجة لا تتأثر معها صفقاته عند المبادلة إذا ماجزئت، وإذا جزئت صح أن تجزأ أثمانها كتجزتها، وإذا نقصت صح أن تنقص بقدر نقصها، فإذا كان لديك صبرة من القمح قيمتها ألفا جنيه فقسمتها أربعة أقسام متساوية كانت قيمة كل قسم منها خمسمائه جنيه، وإذا اشتريت كمية منه على أنها مائة أردب بمائتي جنيه، فوجدتها ثمانين فقط، كان لك أن تأخذها بمائة وستين جنيها جبرا عن البائع، وإذا لم يكن الأرز موجودا في الأسواق، اعتبر من القيمي حتى يوجد، ولا تأثير لوجوده عند الناس في بيوتهم لأجل استهلاكهم.

والقيمي :

نسبة إلى القيمة، ويطلق على مالا يقدر من الأموال بكيل ولا وزن ولاعد. ويطلق كذلك على العددى المتفاوت الآحاد إلى درجة تتغير معها قسمها، ويشمل الأراضى والدور والحيوان بجميع أنواعه، والاشتجار والثياب والأحجار الكريمة وكثيرا من الفواكه العددية كالمانجو والبطيخ عند اختلاف أحجامها أو أنواعها.

ومن القيمى ما يقدر عادة بالقياس، كالأقمشة تقدر بالمتر والباردة والذراع؛ وذلك لاختلافها فى النسيج والخيوط اختلاف انتفاوت به قيمها. وهذا عند الفنهاء أيام كانت صناعة الغزلوالنسج بالأيدى، أما الآن وقد أصبح كل ذلك بآلات ميكانيكية لا تنتج إلا متماثلا فى جميع الصفات، فالواجب عدها من المثليات، كما يجب أن يعمد منها كمذلك، كل ما أوجدته الصناعة الحاضرة من المصنوعات

المتماثلة في المادة والصنعة والقدر والصفة، كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرونزية وأواني الطعام والشراب، وكالملاعق والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة والكراسات وغير ذلك من المتماثلات الموجودة في الأسواق؛ لأن المناط هو التماثل المؤدى إلى عدم الاختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل، أو بين الآحاد المتماثلة في الحجم، مع الوجود في الأسواق، وذلك كله متحقق في هذه الأشياء وفي كثير خلافها على أكمل وجه، حتى أنه ليفوق في ذلك البر والشعير والتمر مما عده الفقهاء مثليا.

وعلى ذلك يمكننا أن نعمرف المثلى بأنه ما يوجد له مثل في المتجمر بدون تفاوت بينها يعتد به(١).، والقيمى بأنه مالا يوجد له مثيل في المتجر.

وقد عرفنا أن النقود من المثلى، ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها تكون دائما أثمانا ومعايير لغيرها من الأموال، فإذا كانت في عقد معاوضة كانت ثمنا، ولا تتعين بالتعيين ولو أشير إليها(٢)، بخلاف غيرها من المثليات، فإنها تتعين إذا أشير إليها أو نص على مكانها. وقد تكون أثمانا إذا ما قوبل بها قيمى(٢). وقد تكون مبيعا إذا ما قوبلت بالنقود.

ومع هذا فإن جميع المثليات تمتاز عن القيميات بما يأتي :

ا ... أن المثلى يثبت دينا في الذمة (٤). إذا ما عين بأو صافه، بخلاف القيمي، فإنه لا يشبت في الغالب دينا في الذمة، ولكن يتعين بالإشسارة إليه أو ما يقوم

⁽۱) قد يرجع التفاوت بين المثليات إلى أمور اعتبارية، كأن يكون هذا الشيء قد آستعمله عظيم في حادث تاريخي، كقلم وقع به على معاهدة هامة، فيكسبه ذلك قيمة عظيمة تفوق قيم أمثاله في السوق. أقول : مثل هذا يجب اعتباره فيكون به الشيء قيمياً لا مثليا.

⁽۲) قال الحموى على الأشباه: لا يتعين النقد في عقود المعارضات؛ لأنه خلق ثمنا، فالأصل فيه وجوبه في الذمة ليوصل إلى العبن المقصودة بالعقد. واعتبار التعيين فيه يخالف ذلك الغرض. ويتعين في الهبة لعدم وجوبه فيها في الذمة، ومثلها الصدقة والشركة والمضاربة والوكالة والغصب إذا قام عينه. ويرى مالك أن النقد يتعين بالتعيين في عقد المعارضة وفسخه. وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وزفر اهد من الفن الثالث ص ١٥٨ وارجع إلى هذا الموضوع في انتهاء الوكالة من كتابنا هذا.

⁽٣) أى إذا كان المثلى عبنا معينة كأن تبساع دار بهذا المقدار من الأرز سواه أدخلت الباه على المثلى أم على النيمى، أما إذا كان غير معين فالثمن منهما ما دخلت عليه الباء، كما سيأتى في البيع.

^(؛) الذمة فى اللغة معناها العبيد، ولما كان العهد سبيا فى الالتسزامات قيل: هذا الشى, واجب فى الذمة، أى فى الدبد، ثم توسع فى هذا الاستعمال فجعلت الذمة شاملة لكل حق وكل واحب، ولذلك عرفسها الفنها، بأنها حق شرعى اعتبارى يكون به الإنسان أهلا لأن يكون عليه حقوق وتثبت له على غير، واجبات.

مقامها (١). ، فإذا بعت ثوبا بأردب من القمح فإن هذا العقد يقع على ثوب بعينه ، ويثبت به في ذمة المشترى أردب من القمح يؤديه إليك في أى وقت عند الطلب.

۲ ـ إذا تعدى إنسان على مثلى فأتلفه ضمن مـ ثله لا قيمته، لوجود مثله (۲) كما إذا أتلف إنسان مقداراً معينا من الأرز (۲). وإذا تعدى على قيمى ضمن قيمته، كما إذا قتل إنسان حيوانا، لأنه لا مثل له حتى يطالب به ابتداء.

وإنما وجب المثل ابتداء، لأن المقصود من الضمان هو الجبر والعوض، وذلك لا يكون على أتمه إلا بأداء المثل، لأن فيه العوض عن التالف من ناحيتيه : صورته وماليته، فإذا انعدم المثل اكتفينا بالقيمة؛ لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيتيه وهى المالمة.

⁽۱) قال القرافى فى فروقه ما ملخصه: لا يثبت فى الذمة ما كان معينا مشخصا فى الخارج مرتبا بالعين، وقد يثبت فيها ما عدا ذلك، وذلك إذا عين بوصفه، ويظهر اثر ذلك فى قاعدتين: الأولى ـ أن ملاك محل العقد أو ظهور استحقاقه لغير العاقد يوجب اتفساخ العقد إذا كان ذلك معينا، ولا يوجبه إذا كان غير معين، فإذا اشترى إنسان سلعة فاستحقت اتفسخ العقد. وإذا أسلم فى أردب قمع فسلم إليه فى حينه ثم استحق لم ينفسخ العقد، وإنما يطلب من المسلم إليه غيره؛ لأنه بالاستحقاق قد تبين أن ما فى الذمة لم يزل بها، وإذا استأجر دابة معينة لحمل شىء إلى مكان معين فاستحقت أو ماتت انفسخ العقد، وإذا كانت غير معينة بأن وقع الاستشجار على الحمل فاحضرت دابة لذلك فاستحقت أو ماتت لم ينفسخ العقد بل يطالب المكارى بغيرها. الثانية ـ إذا وجب المعقود عليه فى الذمة نلمن شغلت ذمته به أن يتخير بين الأمثال، فيعطى أى مثل شخص لآخر موتى كان المعقود عليه معينا من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره. فلو اكتال شخص لآخر مطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن لم أن يعطيه غيره من الخابية، وأما إذا عقد على رطل زيت منها غير معين فإنه يعطى أى رطل شاه.

رقد خالف المالكية هذا الحكم في النقود، فذهبوا إلى أن النقد لا يتمين بالتميين، وأن المعاملة تقع به على النمم على الرغم من تمين النقد عندها، وأنه إذا غصب غاصب ديناراً ممينًا فله أن يعطى مالكه غيره، وعللوا ذلك بأن لبس في النقد خصوصيات تتعلق بها أغراض صحيحة للناس، فسقط لذلك اعتبارها في نظر الشارع. إذ لا يعتبر إلا ما فيه غرض صحيح. (راجم الفروق وتهذيبها ج٢ ص ١٣٣ رص ١٥١)،

⁽٣) وضع أحد الورثة بده على تركة وفيها بره فتصرف فيه وبعد مضى مدة طالبه وارث آخر أمام القضاء بنصيبه فى هذا البر نفسه أو بدفع قيمته على حسب ما قدر له من قيمة فى محضر جرد التركة ـ وكانت قيمة البر عند الوفاة مرتفعة ولكنها انخفضت كثيرا عند المخاصمة ـ فعرض المطلوب على الطالب مقدار حصته من بر آخر بصائل البر الذى تركه المورث نوعا وجودة على أساس أن البر من المثليات وضمانه يكون بالمثل ب فقضت محكمة أول درجة بصحة العرض بناه على هذا الاساس، فاستأنف الطالب الحكم فقضت محكمة الاستثناف بعدم صحته، بناه على أن الطالب وجه إلى بر معين، فإما أن يسلمه نفسه وإما أن يدفع قيسمته المقدرة فى محضر الجرد، ولا شك أن الحكم الأول هو المنفق مع قواعد الشريعة الإسلامية.

خلاصة الياب

المال ما كان في الإمكان حيازته والانتفاع به الانتفاع العادى في غير حالات الضرورة، فالسمك في البحار مال لتحقق ذلك فيه. وحفنة من تراب ليست بمال، لعدم إمكان الانتفاع بها استقلالا في العادة. وحرارة الشمس ليست بمال لعدم إمكان حيازتها. والمنافع عند الحنفية ليست من المال كذلك، ويعدها غيرهم مالا لإمكان حيازتها بحيازة مصدرها وهو العين، وكذلك الحقوق لا يعدها الحنفية من الأموال، وقد يكون منها ما يعد مالا عند غيرهم كالدين.

وينقسم المال إلى متقوم وهو ما أحرز فعلا وأمكن الانتفاع به انتفاعا جائزا مطلقا، وغير متقوم وهو ماعدا ذلك. فالأسماك في البحار مال غير متقوم لعدم حيازتها فعلا، والخمر مال غير متقوم لعدم جواز الانتفاع بها انتفاعا مطلقا.

وكذلك ينقسم إلى عقبار، وهو مالا يمكن تحويله عن مكانه وهو الأرض، ومنقول وهو ما أمكن نقله ولو بتغيير هيئته، كالسفن والأشجار والبناء والحيوان.

وينقسم أيضا إلى مثلى، وهو ما تماثلت آحاده تماثلا لا تختلف معه قيميا، وأدى إلى تقديره بالوزن أو الكيل أو العد، ووجد بالسوق. وقيمى وهو بخلافه، فالزيوت وجميع السوائل من المثليات، وكذا جميع المصنوعات المتماثلة على الوجه الذي بَينًا، والحيوان والأرض من المال القيمى.



باب الهلكية ــ الملك

العلاقة بين الإنسان والمال :

ذكرنا في تعريف المال أنه ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعا عاديا، وأن مالية الأشياء نتيجة لإمكان إحرازها والانتفاع بها، أو لتمول الناس إياها، وكذلك ذكرنا أن تقومه لا يكون إلا بإحرازه فعلا، وجواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا. ومن هذا يظهر أن علاقة الإنسان به هي التي تكسبه خواصه المالية، وتترتب عليها كذلك خواصه الشرعية التي جاء بها الشارع أو أقرها، كما يظهر أن هذه العلاقة ليست إلا صفة أو صلة نشأت عن إحراز الإنسان له وتحوله إياه، وهذه الصلة هي التي سميت ملكا أو ملكية (نسبة إلى الملك) وبهذا تحددت العلاقة بينهما، وأنها المالكية بالنسبة للإنسان، والمملوكية بالنسبة إلى المال، فالإنسان مالك، والمال

التعريف بالملك:

وعلى ضوء هذا البيان يمكننا أن نعـرف الملك بأنه حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعى يمنع من ذلك(١).

ومن هذا يتبين أن للمالك وحده حق الانتفاع بالعين المملوكة وحق التصرف فيها، وليس لغيره ذلك، فإذا أراد شيئا من ذلك، من غير طريقه كان للمالك أن يمنعه، وإن لم ينله من انتفاعه ضرر.

⁽۱) وهذه الجيازة قد تكون حيازة فعلية بالاستدلاء على ذلك الشيء كحيازة المستولى على المال المباح، وقد تكون حيازة حكمية وهي الحيازة النائجة عن سبب من أسباب الملك، كما في حيسازة المستدى لما الشتراء روحيازة الوارث لما ورثه وإن لم يتحقق استبيلاء كل منهما فعلا على تملكه بالشهراء أو بالميراث. فكلا هذين النوعين من الحيازة يسمى ملكا؛ لأنه يحقق للحائز أن يستقل وينفره بالتصوف فيما حاز، وأن يستبد بالانتفاع به ما دام المائح الشرعي من ذلك منتفيا، وستعرف فيما يأتي الموانع الشرعية من ذلك وأن منها المحنون والصغر وتعلق حق الغير، فإنها أمور تمنع من التصوف ومن بعض ضروب الانتفاع كما سيأتي، ولست أخفى أن هذا توسع في معنى الحيازة لا يحتمله اللفظ ولا ما وضع له، وأقرب الكلمات للدلالة على هذا المعنى كلمة (اختصاص) وعلى ذلك يرى أن الملك ليس هو عين الحيازة، بل قد يكون أثرا لها. فإذا حاز إنسان مالا مباحا اختصاص، وعلى ذلك يؤذا ما ذهب إليه الحياوى الندسي في تعريف للملك بأنه الاختصاص الحاجز، ومن جسميع ذلك يظهر أن جميع تعريفات الملك نتنبي النه المحكم شرعى لا فوق بين تعريف وآخر.

وقد ذهبنا في هذا التعريف مذهب من يرى أن الملك هو الحيازة (١)، أما إذا نهبنا مذهب من يرى أن الملك صفة شرعية يمنحها الشارع من يستحقها عند تحقق سببها، فإننا نعرفه بما عرفه به الكمال بن الهمام (٢)، وهو أنه القدرة (٦) على التصرف ابتداء (٤) إلا لماتع، والمراد بالقدرة : القدرة الشرعية التي أفاضها الشارع ومنحها لمن حاز الشيء فكان بها قادراً على أن يتصرف فيه عن نفسه لا عن غيره إلا لعارض يحد من أهليته، وعلى ذلك فليس كل من الوكيل والولى والوصى وناظر الوقف مالكاً لما يتصرف فيه من المال؛ لأنهم لا يتصرفون فيه عن أنفسهم، وإنما يتصرفون فيه عن غيرهم، وكان كل من الصغير والمجنون والسفيه مالكا؛ لأن لهم هذا التصرف لولا ما عرض من مانع، وآية ذلك أنهم يستطيعونه وساشونه عند زوال هذا المانع.

أو نعرف بما عرف به القرافی (٥) فی فروقه، فقال : حكم شرعی قدر وجوده فی عین أو فی منفعة یقتضی تمكین من أضیف إلیه من الأشخاص انتفاعه بالعین أو بالمنفعة والاعتباض عنها، مالم یوجد مانع من ذلك. وهو لا یختلف عن تعریف الكمال فی المعنی.

وكما يراد بالملك الملكية يطلق كذلك عملى الشيء المملوك، فيتسال:هذا ملكم..

الفرق بين الملك والمال:

والملك بهذا المعنى أعم من المال عـند الحنفية؛ لأنه يشمل المال والمنفـعة، إذ

⁽١) وقد علمت ما في هذا الرأى من بعد عن الحقيقة.

⁽۲) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيمواسى ثم الإسكندرى الحنفى المتوفى سنة (٦٨١) ويعده بعض الحنفية من أهل الترجيح، وبعض العلماء من أهل الاجتهماد. ومن أشهر كتبه فتح القدير على الهداية. وفيه جاء هذا التعريف في أول كتاب البيم عند قوله البيم ينعقد بالإيجاب والقبول.

 ⁽٣) ويعرفه الحاوى القدسى بأنه الاختصاص الحاجز، أى الذي يمنع غير المالك من الانتفاع والتصرف إلا بإذنه. راجع الاشباه الفن الثالث عند الكلام على الملك.

 ⁽٤) أى هو القدرة الشرعية على تصرف يبتدئه المتصرف ويصدره عن نفسه لا عن غيره فنصرف الوكيل شلا ليس تصرفا مبتدأ بل يوجد بعد استمداد ولايته من الموكل.

 ⁽٥) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبىد الرحمن الصنهاجي المالكي الشهير بالقرافي،
 توفي سنة (١٨٤) بدير الطين بجوار الفسطاط بمصر. وله مؤلفات كثيرة في العلوم الشرعية.

كل منهما مملوك، ولكن المنفعة لا تعد مالا عندهم كما قدمنا، بل مملوكة يرد عليها كثير من التصرفات، كالإجارة والعارية والوصية (١١).

قبول المال للملكية:

ومما تقدم يتبين لك أن المال بطبيعته قابل لأن يتملكه الإنسان؛ لأنه قابل لأن يحاز، ولكن قد تعرض عليه عوارض تجعله غير قابل لذلك في بعض الأحوال، وهو من هذه الناحية ثلاثة أقسام:

الأول ـ مالا يجوز تمليكه ولا تملكه، وهو ما خصص للمنافع العامة: كالطرق العامة والقلاع والحصون والمرافئ والقناطر والجسور والأنهار العظيمة المعدة للانتفاع العام. فما دامت هذه الأموال مخصصة لما أعدت له من ذلك، فلا ملك لأحد فيها، أى ليس فيها ملك فردى؛ لأنه لا يد لأحد عليها؛ على وجه التخصيص، ولكنها أموال تعلق بها حق الناس جميعا، وهي لذلك لا تملك ولا تملك، فإذا خرجت عما أعدت له تغير حكمها فقبلت أن تملك وأن تملك.

الثانى ـ سا لا يُقبل التمليك إلا عند وجبود المسوغ الشرعى لذلك، ومثاله الأعيان الموقوفة، والعمّار المملوك لبيت المال^(٢)، فلا يجوز بيع شيء من ذلك إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية المنصوص عليها في مواضعها من أحكام الوقف وأحكام بيع أموال بيت المال^(٣). ويعد بيعها من غير مسوغ باطلا.

الثالث ـ ما يقبل التمليك والتملك بلا قيد، وهو ما عدا القسمين السابقين.

⁽۱) الإجارة تمليك المنافع بعوض. والإعارة تمليك المنافع مجانا في الحال. والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتصح بالأعيان كما تصح بمنافعها فقط. مثال الحالة الأولى: أوصيت لفلان بدارى. ومثال الحالة الثانية: أوصيت لفلان بسكنى دارى مدة حياته، فإذا بقى حيا بعد وفاة الموصى وقبل الوصية استحق الدار في الحال الارلى، وسكنها في الحال الثانية ما دام حيا. فإذا مات ردت إلى ورثة الموصى.

⁽٣) الأموال الموقونة يعتبرها الحنفية ملكًا لله تعالى؛ لأنها بالوقف خرجت عن أن تكون ملكا لأحد من الناس، ويراها بعض العلماء من غيرهم ملكا لواتفها، ويراها آخرون ملكا للمستحقين فيها، وهي لا تقبل أن تملك لأحد بطريق بيعها له إلا بمسوغ شرعى، فإذا بيعت من غير مسوغ كان البيع باطلا، وتفصيل ذلك كله في كتاب الوقف.

أما أموال بيت الممال فهى تلك التى لجماعة المسلمين، والمراد بها هنا: ما يطلق عليه فى العسرف القانونى الحاضر اسم الأملاك الحرة، وبيع هذه الأموال فى الشريعة الإسلامية تتوقف صحته على وجود المسوغ الشرعى له.

⁽٣) يرى بعض الجنفية أن عقار بيت المال لا يجوز للإمام أن يبيعه إلا لضرورة، كأن يحتاج بيت المال إلى ثمنه. وزاد في البحر أنه يباع إذا رغب فيه بضعف فيمته على قول المتأخرين، وذهب فريق آخر إلى أن للإمام أن يبيع عقار بيت المال متى رأى المصلحة في ذلك، لما له من الولاية العامة. رد المختار ٣ ص٢٨٣.

أتواع الملك:

ينقسم الملك قسمين: ملك تام، وملك ناقص، فيكون تاما إذا كان للمالك جميع الحقوق الشرعية التي يقبلها المال المملوك، ولا يكون له ذلك إلا إذا كان مالكا للعين ومنفعتها، أي لرقبة الشيء المملوك ومادته وذاته، ولمنافعه كذلك، فإن منع بعض هذه الحقوق؛ لأن ملكه قاصر على الرقبة وحدها أو على المنافع دون الرقبة، فلم يكن له إلا أن يتصرف فيما يملك من ذلك، كان ملكا ناقصا، فالملك الناقص هو ما كان قاصراً على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها. ولتمييز الملك التام والتعريف به نذكر خواصه.

خواص الملك التام:

وللملك التام خواص ليست للملك الناقص. وأهمها :

١ - قــدرة المالك على التــصــرف فى ذات العــين المملوكــة بجــمــيع أنواع التصرفات الجائزة شرعاً من بيع وهبة (١). ووقف ووصية ورهن (٢).

٢ ـ قدرة المالك على الانتفاع بالعين على أى وجه شاء من وجوه الانتفاع المشروع من إجارتها وإعارتها وزراعتها، إن كانت أرضا، وسكناها إن كانت داراً، وما إلى ذلك سواء انتفع بها مع بقائها على هيئتها وصورتها أم انتفع بها بعد تغيير ذلك على حسب ما تطلبته طريقة الانتفاع، لا يتقيد فى ذلك بأى شرط ولا يحد بأى حد إلا حد المشارع، يستبد به دون غيره، فلا يكون لغيره أن ينتفع إلا عن طريقه.

" ـ عدم تقيده بأى زمن محدود كسنة، ولا بأى مكان معلوم كالقاهرة، فهو دائم لا ينتهى إلا بموت المالك، أو بإنهاء ملكيستها بوقفها، أو بانتقال ملكيتها إلى آخربسبب من الأسباب الناقلة للملكية شرعًا.

٤ ـ عدم مطالبة المالك ملكا تاما بضمان العين إذا أتلفها بغير موجب؛ لان للضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مدينا لنفسه؛ لانه لا يطالب

⁽١) الهبة تمليك العين مجانا في خال.

⁽٢) الرهن حبس العين لدى الذائن بحق بمكن أن يستوفي منها.

نفسه، ولكن ذلك لا يعفسه من التعزير من القاضى أو من الحاكم إذا ما اســـتوجبه تعديه.

أقسام الملك الناقص:

الملك الناقص إما ملك رقبة فقط، وإما ملك منفعة فقط، كما بينًا، وقد يسمى ملك المنفعة بحق الانتفاع، فبلا فرق بينهما في اصطلاح الحنفية (١). خلافا للمالكية كما سيأتي :

ويتنوع ملك المنفعة أو حق الانتفاع نوعين : نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصيا، ونوع يكون فيه عينيا، ولا يكون إلا في العقار.

فالأول ـ يتعلق ابتداءً بالمتفع، فيكون له فقط. ولا ينتقل عنه إلى غيره إلا في بعض صور كما سيأتي.

والثانى يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب، فيثبت لمن يملكه ما دام مالكا له، إلا فى بعض الحالات كما سيأتى، وهو ما يسميه بعض الباحثين بحق الارتفاق، وإذن تكون أقسام الملك الناقص ثلاثة :

١ ـ ملك عين فقط.

٢ ـ ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع شخصيا.

٣ ـ ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا، وإن شئت سميته بحق ارتفاق.

ملك العين ـ ملك العين يكون إذا ما كانت العين ـ رقبتها ـ مملوكة لشخص ومنفعتها كلها مملوكة لشخص آخر. وعندئذ لا يكون لمالك العين أن ينتفع بها ولا أن يتصرف في منفعتها ما دامت المنفعة في ملك غيـره، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في نفس العين تصرفا يضر بحق مالك المنفعة، فإذا كانت داراً فليس له أن يتصرف بعض حجراتها، وليس له أن يبيعها لغير مالك منفعتها إلا بإذن مالك بنقصها بهدم بعض حجراتها، وليس له أن يبيعها لغير مالك منفعتها إلا بإذن مالك

 ⁽١) الواقع أن حق الانتفاع قد يكون نتيجة لثبوت المنكبة التامة، وقد يكون نتيجة أشوت ملكية المنفعة.
 وقد يكون نتيجة للإباحة، فإن لكل مالك الحق في أن ينتفع بما يملك، كما أن للمباح له الحق في أن ينتفع بما أبيح له أن ينتفع به. .

المنفعة وهكذا، وعليه أن يسلمها إليه ليستوفى حقه من منافعها، فإذا امتنع أجبر على ذلك.

ويتحقق ملك العين فقط في صورتين :

الأولى - أن يوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له، كأن يوصى له بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته أو ثلاث سنوات، فإذا مات الموصى ثم قبل الموصى له الموصية كانت سكنى الدار أو زراعة الأرض حقا مملوكا للموصى له فى المدة المعينة، وكانت عين الدار أو الأرض ملكا لورثة الموصى (١) بطريق الوراثة فلا يملكون شيئا من المنافع ما دام حق الموصى له فى المنافع موجوداً، فإذا انتهت مدة الموصية المحددة أو مات الموصى له قبل نهايتها صارت المنفعة ملكا لورثة الموصى تبعا لأصلها ومصدرها وهو العين. ويجب على الموصى له أو ورثته حينئذ تسليم العيسن إليهم؛ لأنها أمانة فى يدهم يجب ردها إلى مالكيا، وعند ذلك تصبح ملكيتهم تامة بعد أن كانت ناقصة مدة انتفاع الموصى له، ويلاحظ أن ملكية الموصى له فى هذه الحال كانت كذلك ناقصة لأنها مقصورة على المنافع.

الثانية _ أن يكون لإنسان دار أو أرض فيوصى بالمنافع لصديقه ويوصى برقبة الدار أو برقبة الأرض لقربيه، فإذا مات فقبل كل من الصديق والقريب الوصية كان الصديق مالكا لمنافع الدار أو الأرض، وكان هذا الملك ناقصا، وكان القريب كذلك مالكا لمعين الدار أو لعين الأرض وكان ملكه ناقصا، فتسلم العين حينئذ إلى الصديق ليستوفى حقه منها وتظل فى يده إلى وفاته، لعدم تعيين مدة، فإذا ترفى سلمت العين إلى الموصى له بها فتصبح ملكيته بوفاة الصديق تامة.

⁽۱) هذا هو الواقع، وليس ينافيه أن تجد بعض العلماء يذكر أن العمين في هذه الحال باقعة على ملك الموصى؛ لأن ذلك افتراض وتصوير الفرض منه تسويغ نفاذ الوصية بعد صوت الموصى ويملك الموصى له منافعها لا عن طريق الورثة الذين يسملكون العين ويملكون منافعها تبعا لهما، فرأوا أمام ذلك أن يقولوا : إن العين بالنسبة إلى نفاذ الوصية في المنافع تعتبر باقية على حكم ملك الموصى، وذلك لا ينافى الحقيقة الواقعة، وهي أنها بالموت أصبحت ملكا للوارث، ألا ترى أنه يورثها ورثه إذا مات؟ وذلك دليل ملكه.

ومن هذا يتبين أن ملكية العين فقط دائمة، وتنتهى دائما إلى ملكية تامة، وأن ملكية المنافع تكون مؤتتة دائما؛ ذلك لأن المنافع لا تورث عند الحنفية؛ لأن منافع الأعيان تتبعها ولا تنتقل وحدها بالوراثة إلى الوارث، ولذا كانت الوصية بالعين فقط لإنسان وصية بالعين وبمنافعها تبعا لها.

النوع الأول من ملك المنفعة :

هذا النوع من الملك قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه، وأن يملك غيره هذه المنفعة، فيكون له حق الانتفاع بها، كما إذا أوصى إنسان لشخص بمنافع دار ينتفع بها كما يشاء، وعلى أى وجه يريد سكناً وإسكانا، فإن للموصى له فى هذه الحال أن يسكن الدار بنفسه، وأن يعيرها لغيره أو يؤجرها له.

وقد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، كما فى وقف بيوت السكنى على طلبة العلم، فإنه لا يكون لطالب العلم حينئذ إلا أن يسكن وليس له أن يعير ولا أن يؤجر.

وفى كلتا الحالين يكون للمنتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع، غاية النظر أن هذا الملك قد يكون غير مقيد، كما فى الصورة الأولى، وقيد يكون مقيداً إما بواسطة العرف، كما فى الصورة الثانية، وإما باللفظ كما إذا استعار إنسان دابة ليركبها بشرط ألا يعيرها لغيره، فلا فرق عند الحنفية بين الحالين إلا بالتقييد فى إحداها دون الأخرى. وهذا خلاف اصطلاح المالكية، فإنهم يجعلون الحال الأولى من قبيل ملك، ويخصونها باسم ملك المنفعة، ويجعلونها من قبيل الملك كما يرى الحنفة.

التعريف بالإباحة والفرق بينها وبين الملك:

والفرق بين الملك والإباحة، أن الملك أثر من آثار الحيازة كما قدمنا، وأنه ينتقل من الك إلى آخر بسبب من الأسسباب الناقلة له، وأنه عندما يتحقق يكسب صاحب حق التصرف في الشيء المملوك مالم يوجد مانع، أما الإباحة فهي حق

يثبت للإنسان أثراً لإذنه بأن يتسفع، وقد يكون هذا الإذن من المالك، كأن يأذن إنسان لآخر بأن يركب معه في سيارته، أو بأن يبيت في منزله هذه الليلة أو أن يجتاز حديقة داره في طريقه إلى مقره،وكأن يدعوه إلى وليمة، وقد يكون هذا الإذن بحكم الشارع كما في إباحة الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد، وبالكلا قبل إحرازه، وبضوء النار الموقدة. فقد قال عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلا والنارا أي شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك. وما دام الإذن في الماء والكلا والنارا أي شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك. وما دام الإذن قائماً والإباحة مستمرة فالحق قائم وثابت. فإذا انتهى الإذن بانتهاء أمده إن كان له أمد _ أو رجع عنه مصدره، أو توفي انتهت الإباحة (١)، وبطل الحق وتلاشي.

وليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن الصادر له، فمن دعى إلى وليمة. فليس له أن ينيب غيره عنه، ولا أن ينقل من أطعمتها إلى منزله، ولا أن يحتجز منها شيئا بدل أكله، وهكذا.

ومن ذلك يتبين أن من أبيح له الانتفاع بشىء لم يملكه ولم يملك منفعته، وبهذا تتميز الإباحة من تمليك المنفعة(٢).

الإباحة طريق إلى الملك :

هذا ولا ينبغى أن نغفل أن الإباحة تكون طريقاً إلى تملك ما أبيح، عينا كان أو منفعة. فالمباح له قبل أن ينتفع، مأذون بالانتفاع فعقط، غير مالك لما أبيح له،

⁽١) وهل يشترط فى انتهائها علم المباح له بعدول المبيح عن إذنه؟ قولان عند الشافتي، أشباه للسيوطى ص٢٢٣ ومقتضى قواعد الحنفية : أنه يشترط.

⁽۲) غير أنه قد لا يظهر بينهما في بعض المصور فرق في الأثر، كما في العارية التي تبد فيها المستعير بأن ينتفع بنفسه، مثالها أن يعير إنسان داره لأخر شهراً على أن يسكنها المستعير بنفسه والا يعيرها لغيره، فإن المستعير في هذه الحال ليس له إلا أن يسكن بنفسه، وهذا بعينه ما يكون للإنسان إذا ما أبيح له أن يسكنها شهراً، والأولى - من قبيل التعليك، والشائية - من قبيل الإباحة، ومن هذا ذهب بعض العلماه إلى أن هاتين الصورتين من قبيل الإباحة ولا فارق بينهما، لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ، ولكن القائلين بالتفرقة بينهما برون أن الأثار والنتائج تتبع دائما مصدرها ومنشأها، وبالمصدر تختلف الأثار وتتحدد المتاتج. ولفظ العارية بغيد السمليك لا لإباحة، بدليل أن المستعير يملك المنفعة إذا لم يقيد، وجاز له أن يعير غيره لاجل ذلك إلا بغيد الشمليك لا لإباحة، بدليل أن المستعير يملك المنفعة إذا لم يقيد، وجاز له أن يعير غيره لاجل ذلك إلا لمنع، وإذا ثبت هذا وجب أن يكون الأثر في جميع صور الإعارة واحدا، وهو الملك، ولا يضيم أن يختفي لمن على حال فالخلاف في ذلك نظرى لا

ولكنه بانتفاعه واستيفائه ما أذن فيه يتملك ما استوفاه، فالضيف يتملك الطعام بوضعه فى فيه. ومن نثرت عليهم النقود فى الأفراح والتحافل حسيما جرت به العادة _ يملكونها بالتنقاطها، حتى لا يجوز لناثرها أن يستردها منهم. وهذا فيما أرى الرأى الراجح، خلافاً لمن زعم أن المباح له يستهلك ما أبيح له ويستوفيه على حكم ملك المبيح (۱)، وإنحا لا يضمن مع هذا لمالكه قيمته عند استهلاكه؛ لأنه مأذون فيه من مالكه ومسلط عليه منه فلا يكون متعدياً، والضمان لا يجب إلا عند التعدى، وإنحا رجح الرأى الأول؛ لأنه يترتب على هذا القول الأخير أن يكون للمالك حق استرداد ما يبيحه من المال ما دام ذلك محكنا وهذا خلاف المعروف (۱).

(۱) راجع تقرير الرائعي ج ٢ ص ١٣٢.

(۲) إباحة الشخص مائه لغيره لا تخرجه عن ملكه، كما أن تركه في الطريق لا يخرجه كذلك من ملكه. ويكاد يكون هذا مسحل اتفاق بين علماه الحنفية. وعلى هذا قيل : من سيب دابته لعلمة، فأخذها إنسان فأصلحها بالعلاج ونحوه فهى لمالكها. ومن أرسل طبره في الهواه فهو له حتى إذا صاده إنسان آخر كان له أن ياخذه منه قهراً.

وقد علمت أن الإباحة قد تتعلق بعين المال، كما في الدعوة إلى الطعام، وكما في نثر النقود على الناس. وقد تتعلق بالمنافع، كما في إباحة المرور في الطريق، أو المبيت في المنزل. فإذا كانت متعلقة بمنفعة فاتنفع المأذون له فقد استوفى المنفعة واستهلكها. وليس وراه الخلاف في ذلك من أثر سواه استهلكها على اعتبار أنها ملك صاحب العين وقد أذنه في ذلك، أم استهلكها على اعتبار أنه قد ملكها بالانتفاع، إذ لا وجود لها بعد ذلك حتى تصير محل نزاع بين الميح والمباح له.

أما إذا تعلقت الإباحة بعين من الأعيان كما إذا ترك شخص ماله وقال : من شاه فلياخذ، أو نثر نقوده على الناس في حيفل لباخذ كل ما تناله يده، أو دعا صديقا له إلى تناول طعامه. ففي مسئل هذه الأحوال اختلف الرأى، فالجمهور من الحنفية يقولون : إن المال يظل علوكا لصاحبه إلى أن تناله يعد المباح له فيمنكه باخذه أو بتناوله، وبشملكه انتهت ملكية صاحبه الأول، وهو المبيح، فإذا استهلكه بعد ذلك فقد استهلك مالا علوكا له (رد المحستار ص ٣٥٥ ج ٣) وعلى هذا الرأى يكون ذلك من قبيل التسمليك. وذهب آخرون إلى أن ذلك لبس من قبيل التمليك، وأن المباح له لا يتملك المال بتناوله وإنما يظل المال ملكا لصاحبه حتى يستهلكه ذلك لبس من قبيل التمليك، وأن المباح له لا يتملك صاحبه بإذنه. ولهذا لا يضمن، وعلى الرأى الأول أفتى في كثير من المسائل. وهاك بعضها :

ا رجل سبب دابته وقال: من شاء فليأخذها، فأخذها رجل، فهى لمن أخذها كما فى الفتاوى، من غير تفصيل. ونصل فى ذلك الفقيه أبو الليث، فقال: إن قال صاحب الدابة ذلك لقوم معينين فأخذها واحد منهم فهى لمن أخذها، وإذ لم يقل ذلك لقوم معينين أو لم يقله أصلا فهى لصاحبها له أن يأخذها أنى وجدها. ومعنى ذلك: أنه لو أخذها إنسان لم يملكها وكان لصاحبها أن يستردها.

٢ _ إذا قال شخص : أذنت للناس جميعًا في ثمر نخلى من أخذ منه شيئًا فيهو له، فبلغ الناس ذلك. نمن أخذ شيئًا ملكه، قال صاحب البحر : مقتشاه أن من أخذ شيئًا من هذا النمر قبل أن يعلم بإباحته لا بملكه.

٣ ـ قال رجل لآخر: أنت في حل مما اكلت او مما اختفت من مالي، له أن ياكل وأن يأخذ، ولايحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإياحة، ولو تناول شيئا قبل ذلك تناول حراما ولا يتملكه.

٤ ـ إذا وضع ماله في الطريق ليكون لمن أخذه جاز ذلك.

أسباب الملك في هذا النوع: يستفاد ملك المنفعة الذي يكون معه حق الانتفاع شخصيا بسبب من الأسباب الآتية:

الإجارة: فالمستأجر يتملك بها منفعة العين المؤجرة، فإذا استأجر أرضاً للبناء عليها ملك أن يبنى عليها. وإذا استأجرها للزراعة ملك أن يزرعها، ويكون ملكه من الملك الناقص، ولأن المستأجر مالك للمنفعة يجوز له أن يملكها غيره بالإجارة والعارية، ما لم يمنع من ذلك مانع، كما سيأتى في الإجارة (١).

٢ - الإعارة: فالمستعير يتملك بها عند أكثر الحنفية منفعة العين المستعارة خلافا لمن رأى أنها إباحة، ولذا يجوز له أن يتصرف فيها فيملكها لغيره بطريق إعارتها فقط، ما لم يمنع من ذلك مانع، كما سيأتى فى العارية (٢).، أما تمليكها بطريق التأجير فليس له فى جميع الأحوال، وسنفصله فى العارية.

۲، ۱ الوقف، والوصية : فالموقوف عليه والموصى له يتملك كل منهما ما
 أعطى من المنافع فى الموقوف أو الموصى به، فإذا وقف إنسان داره على صديقه

وهذه الفروع كثيرة. وانظاهر أن هذا يعد من الهبة، ويؤيد ذلك : ما فى البحر عند شهرحه لقول صاحب الكنز : وتصح بايجاب. إذ قبال : وشمل لو ما قال شخص : أذنت الناس جميعا فى ثمر نخلى. . . إلى أخر الفرع الثانى المار.

وفى البندية عن محمد رحمه الله فى آخر المشفرقات: أن ذلك بمنزلة الببة وقد يكون معنى هذا انه لا يراه هبة حقيقة. وكان مقتضى ذلك أنه يجوز لمالك المال حينئذ أن يسترده ممن ملكه، رجوعاً منه فى هبته مالم يمنعسه من ذلك مسانع، وهذا وأى لبعسفسهم، ولكن خسالف فى ذلك آخرون، وقبالدوا: ليس له الاسترداد. فخالفوا بذلك حكم الببة (واجع البنائية ج ٣ ص ٢٠٤ من الصيد) ولعليم قاسوه على الصدقة؛ لأن الرجوع فيها عمنه، بناء على أن المتصدق لا يقصد من صدقته العوض عادة، وهذا النوع من التملك كذلك لا يقصد منه التعويض عادة فكان حكمه حكم الصدقة.

اما الرأى الثانى ـ فعرجوح لمخالفته لاكثر فروع المذهب المنقولة، ولمنافاته فى الواقع لغرض المبيح. فإنه لا يريد إلا تمليك المباح له. ولانه يترتب عليه أيضا أن يكون للمبيح حق استرداد المال الذى أباحه ما أمكنه ذلك، وهذا خلاف المعبود المعسروف بين الناس وخلاف ما تواضعوا عليه (راجع فى ذلك رد المحتار وتبسين الحنائق والفناوى المبندية).

(۱) إذا كانت المفعة لا تخسئلف باختلاف المتفع، كركوب السيارة جاز لمستأجرها أن يركبها بنفسه وأن يركبها غيره، ولو شسرط عليه أن ينتقع بها وحده سواه أكان ذلك بطريق تأجيرها أم بإعسارتها، كما سنذكره في الإجارة.

 (۲) إذا شرط على المستعبر ألا يعير لغيره لزمه ذلك، وإذا لم يشرط عليه ذلك ـ وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفع ـ جاز له أن يعمير غيره، وإن نص في العقد على أنه يستغيرها لينتفع بها بنفسه. وسيأتي في العارية. فلان، ثم من بعده على الفقراء، أو أوصى له بمنفعتها، فإن الصديق يتملك كل ما أعطيه بالوقف أو بالوصية. فإن جعل له الواقف أو المبوصى أن ينتفع بها كيف شاء، وعلى أى وجه أراد، كان له ذلك فيسكن الدار بنفسه، أو يؤجرها لغيره فيأخذ أجرتها، أو يعيرها له.

وإن جعل له أن يستغل، وسكت عن السكنى، كما إذا قال الواقف: وقفت دارى هذه على صديقى هذا لتصرف إليه غلتها فى كل شهر. أو قال الموصى: أوصيت لصديقى فلان بأن يستغل هذه الدار مدة حياته، لم يكن له إلا أن يستغل، ولم يجز له أن يسكن عند أكثر الحنفية؛ لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهى غير السكنى، ألا ترى أنه يجوز لناظر الوقف أن يؤجر هذه الدار للموقوف عليه فى هذه الحال، فيلزمه بدفع أجرتها، ولو كان مستحقا لسكناها لم تجز إجارتها له، إذ لا يملك الإنسان ما يملك. وهذا هو الصحيح عندهم (١)، وذهب آخرون إلى أنه يملك فى هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل، وإن شاء سكن؛ لأنه إذا ملك أن يملك غيره المنفعة بواسطة الإجارة، وجب أن يكون مالكا لها إذ لا يُملّكُ ما لا يملك، وإذا انتفع غيره لأجله، فالأولى أن ينتفع بنفسه (١). وقسد نص يملك، وإذا انتفع غيره للوقف على ترجيح هذا القول، ولعل مبنى هذا الترجيح الله يفتى بكل ما هو انفع للوقت.

وإن جعل له أن يسكن وسكت عن الاستغلال، فليس له عند الحنفية إلا أن يسكن وليس له باتفاق بينهم أن يستغل، مثال ذلك : أن يقول الواقف : وقفت

⁽۱) قال الغقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: لو أوصى لإنسان بغلة دار، فاراد أن يسكنها بنفسه لم يرو عن أصحابنا المتقدمين شيء في ذلك. واختلف فيه المتأخرون ذكر عن أبي بكر الإسكافي أنه كان يقول: له ذلك، وكن أبو بكر بن سعيد يقبول: ليس له ذلك. وجه القول الأول: أن غير الموصى له يسكن لأجله فأولى أن يسكن الموصى له بنفسه، وجه القول الثاني: أن في سكناه بنفسه ضرراً على الميت، إذ لو أجرت الدار ثم ظهر دين على الميت قسفى الدين من هذه الأجرة، ولو سكن الدار بنفسه لم يمكن أن يقضى الدين من السكنى (حاشية الشلبي على الزيلعي ص ٢٠٢ ج ٦).

 ⁽۲) وعلى هذا القول: يجب ألا تصح إجارة الدار له، إلا إذا كانت الدار محتاجة إلى العمارة فنصح حبنذ؛ لأن استحقاقه في هذه الحال مؤخر عن حاجة الدار فلا يكون مالكا لمنافعها.

 ⁽٣) هـ نو الإخلاص حــن بن عمار المصرى الشرنبلالي، مــن شبرا بلالة بمديرية المنوفية. كان من أعيان الفقهاء وكان المعول عليه في الفقيا، وألف كتباً كثيرة. توفي سنة ١٣٦٩.

دارى هذه على صديقى فلان ليسكنها مدة حياته. أو يقول الموصى: أوصيت لصديقى هذا بسكنى دارى هذه مدة حياته، وسبب ذلك: أنه بالوصية أو بالوقف ملك بالمجان، فلا يجوز أن يملكها غيره ببدل؛ لأن الملك بالبدل أقوى من الملك بالمجان⁽¹⁾، ومن ملك الأضعف لا يستطيع أن يعطى الأقوى؛ لأنه ليس له، وفى هذا خلاف أحمد بن حبل، إذ يرى أن من ملك شيئا له أن يملكه غيره، بدون تفرقة بين ما إذا كان ملكه ببدل أو بغير بدل، لأن الملك لا يختلف بذلك، وإذن فمن يملك الستغلال يملك أن يسكن، فمن يملك الستغلال يملك أن يسكن،

وإن أطلق الواقف أو الموصى فلم ينص على استغلال أو استعمال، بأن قال: وقفت دارى هذه على صديقى فلان، أو أوصيت بمنفعتها لصديقى، كان الحكم فى هذه الحال كالحكم عند النص على الاستغلال فقط، ولعل مرجع ذلك العرف عندهم، إذ كانوا يستعملون الإطلاق ويريدون منه الاستغلال، وعليه لوتغير العرف واستعملت حال الإطلاق للدلالة على ما يشمل الاستغلال والاستعمال، وجب أن يتبع ذلك فيكون له الأمران. فإن لم يكن عرف ولم يكن الرجوع إلى الواقف أو الموصى فى البيان، حملت العبارة على الاستغلال، لأنه أتم منفعة.

خواص اللكية في هذا النوع:

لهذه الملكية خصائص ليست للملك التام. وأهمها :

١ - قبول التقييد عند إنشائها بالصفة والزمن والمكان، فيجوز لمعير الدابة أن
يقيد مستعيرها بركوبها فقط، وللموصى بمنفعة الأرض أن يقيد الموصى له بزراعتها
قمحاً أو ذرة فقط، ولمعير السيارة أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة شهر يبتدئ من

 ⁽١) وهذه القوة تظهر عند الموازنة بين ملك المستساجر للمنفعة وملك المستعير، فسملك المستأجر ملك لازم
 ويتطلب سلامة العين المستأجرة وخلوها من العيوب، بخلاف ملك المستعير.

 ⁽٢) نص المادة: ٣١ من قانون الوقف: يجوز استغلال الدار الموقوفة للكن. وتجوز الكنى في الدار الموقوفة للاستغلال، ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها.

وكذلك جنع قانون الوصية إلى هذا الرأى في المادة ٥٤ ونصها : إذا كـانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع، أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جـاز للموصى له أن ينتفع بها، أو يـتغلها على الوجه الذى يراه، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها.

الآن، ولمعير الكتاب أن يقيد مستعيره بالقراءة فيه فى حجرة معينة مدة ساعتين، ولواقف الدار أن يقيد الانتفاع بها بالسكن فقط، والمستأجر مقيد بمدة الإجارة المنصوص عليها فى العقد دائما.

وكذلك قد يقبل هـذا التقييد بعد إنشائها، غير أن ذلك لا يكون في الملك بالوصية، وكذا لا يكون في الملك بالوقف، إلا في أحوال خاصة. ويكون في الإجارة باتفاق كل من المؤجر والمستأجر عليه، وفي العارية بإرادة المعير فقط، كما سيأتي.

وأما الملكية في النوع الثاني من ملك المنفعة، وهو ما سيأتي بيانه، فإنها تقبل التقييد بالصفة عند إنشائها فقط، كأن يجعل حق المرور في الطريق مقيداً بالمشى فيه دون ركوب دابة فيه، وتقبل التقييد أيضا بالمكان، كأن يجعل حق الشرب مقيداً بكوة معينة في المجرى لا يؤخذ الماء من غيرها. ولكنها لا تقبل التوقيت؛ لأنها حقوق دائما كما سيأتي. والملك التام لا يقبل شيئا من ذلك عند الحنفية، لا عند إنشائه ولا بعد وجوده، وفي هذا خلاف لبعض العلماء سنفصله عند الكلام على الشروط التي يصح للعاقدين اشتراطها في عقود الملكية، رغبة منهما في تقييدها.

٢ - عدم قبولها التوارث، فيلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتيفاع في هذا النوع بموت مالكه إلى ورثته بأية حال عند الحنفية؛ ذلك لأن انتقال الشيء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقائه، وقد علىمت أن المنافع لا بقاء لها، وأن ما وجد منها في حياة المالك قد انعدم بانتهاء زمنه وحياته، ولا ينتقل المعدوم. وما يوجد بعد وفاته لا يملكه؛ لأنه كان معدوما حال حياته، والمعدوم لا يملك، وإذن لا يورث عنه؛ لأن الورثة إنما يرثون ما كان مملوكاً لمورثهم، وعلى ذلك: فلا تورث المنافع، بل ينتهى ملك المنفعة دائما وفي جميع الأحوال بموت المالك، ولذا كانت مؤقتة دائما، ويستثنى من ذلك: حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلى، فإنها تورث عند الحنفية، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة، كما سيأتي.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع تورث؛ لأنها أموال مملوكة عندهم كما قدمنا، ف من أوصى له بسكنى دار عشر سنين؛ ثم مات بعد مضى سنتين من انتفاعه حل ورثته محله فى المدة الباقية، فيكون لهم بسبب ذلك سكنى هذه الدار فى أثنائها خلافاً للحنفية.

أما الملك التــام، وملك العين وحدها، فسينتقل كل منهــما بموت المالك إلى ورثته، عند الجميع.

ضمان العين المنتفع بها في هذا النوع: علمنا مما تقدم أن لمالك المنفعة حقا متعلقا بالعين، وأن له أن يستوفيه منها جبرا عن مالكها، ويجب على مالك العين لذلك أن يسلمها إلى مالك المنفعة لكى يستوفى حقه منها، فإذا تسلمها مالك المنفعة كانت في يده أمانة، فيجب عليه أن يحافظ عليها محافظته على أمواله، دون إهمال أو تقصير، وأن يستوفى حقه منها بحسب ما يقضى به العرف، وعلى وفق الشروط التي ألزم بها - إن كان هناك شروط - حتى يعيدها إلى مالكها بعد استيفاء حقه سليمة غير منقوصة.

نفقات العين المنتفع بها: إذا كان انتفاعه بها بالمجاز، كما في الوصية والعارية، وجب عليه أن ينفق عليها، إن كانت مما يحتاج إلى النفقة ما دام منتفعا بها، لأن الغرم بالغنم، فإن كانت حيوانا مثلا فعليه علفها، ونفقات المحافظة عليها، وإن كانت سيارة فعليه أجر مقرها، وهكذا.

أما إذا كان انتفاعه بها في نظير مال، فسإن نفقاتها تكون على مالكها، فنفقة الدابة المستأجرة على مالكها، لا على المستأجر.

هلاك العين في يد المتفع أو تعييها: إذا هلكت في يده قبل إعادتها بدون تعد أو إهمال، أو تعيبت كذلك بدون تقصير لم يضمن، إذ لا ضمان على أمين. أما إذا تلفت أو تعيبت بتعد منه أو بتقصير ضمن عند تلفها قيسمتها إن كانت من الأموال المثلية، كآنية لها مثل في الاسواق، الأموال القيمية، ومثلها إن كانت من الأموال المثلية، كآنية لها مثل في الاسواق، وعند تعيبها بعسيب لا يذهب بالغرض منها، يضمن قيمة ما نقصته بالعيب، ومن النعدى : مجاوزته بالدابة الغاية المتنق عليها في العقد إلا بقدر ما يتسامح فيه

الناس عادة، وأن يسير بها سيراً عنيفاً ينكره عليه الناس، وأن يتجاوز في الانتفاع بها الشروط المتنق عليها، كأن يحمل عليها حديدا وقد استأجرها ليحمل عليها قطنا، وأن يجتاز بها طريقا أشق من الطريق التي اتفق عليها في العقد، وألا يردها إلى مالكها بعد انقضاء مدة الانتفاع بها بلا عذر، ففي مثل هذه الأحوال تنقلب يد المنتفع يداً ضامنة، بعد أن كانت يد أمانة، فإذا هلكت العين أو تعيبت كان ضامنا(۱).

انتهاء الملكية في هذا النوع: ينتهى ملك المنفعة في هذا بواحد مما ياتى: النافع. وفاة المنتفع. وقد بَيْنًا ذلك عند كلامنا على عدم توارث المنافع.

٢ ــ وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة أو الإعارة.
 وسيأتى تفصيل ذلك.

٣ ـ انتهاء مـدة الانتفاع إذا حدد له مدة، ولا يزال المنتفع حـيا، كأن يوصى
 إنسان لآخر بزراعة أرضه عشر سنين، ثم تنتهى هذه المدة والموصى له موجود.

٤ ـ هلاك العين المنتفع بها بدون تعد ولا تقصير، فإذا أوصى إنسان لآخر بركوب دابته مدة شهر فهلكت بعد مضى خمسة عشر يوماً من مبدأ انتفاعه انتهى حق الموصى له بهلاكها. ولم يكن له أن يطالب بدابة أخرى ليسركبها المدة الباقية، أما إذا كان هلاكها بتعد فإن حقه لا ينتهى باستهلاكها، ولكن المتعدى يلزم بقيمتها ثم يشترى بها دابة أخرى تحل محلها، فينتفع بها الموصى له المدة الباقية (١).

وكما ينتهى ملك المنفعة بهلاك العين المنتفع بها ينتهى أيضا بتعذر استيفاء

⁽١) وقد خمالف بعض العلماء هذا الرأى في العارية. فمذهب إلى أن العارية في يد المستعير مضمونة. وسيأتى ذلك عند كلامنا على العارية.

⁽۲) وإذا استأجر إنسان دابة معينة للحمل أو الركوب فسهلكت قبل تمام العمل انفسخت الإجارة، كما في رد المحتسار نقلا عن الدر المتسقى (ص ۵۸ ج ٥) ومثله في الهندية، وظاهر أن لا فسرق في هذه الحال بين أن يكون الهلاك بتعد أو بغير تعد. أما إذا لم تكن الدابة معينة وكان الغرض من الإجارة مجرد الحمل أو الركوب فلا تنفسخ الإجارة، ويطالب المؤجر بدابة أخرى، كما في الهندية (ج ٤ ص ٤٦٠) والفسرق بين الصورتين واضح، ففي الأولى: تم العقد على منفعة معينة هي حسمل هذه الدابة أو ركوبها، فينتهي ملك المنفعة بزوال محلها. وفي الثانية: تم العقد على نقل من مكان إلى آخر فيتم بأية دابة. ويظهر لى أن ملاك العين المستمارة على به ملك المنفعة، سواه أكان بتعد أم بغير تعد، إذ لا يلزم المالك بشراء غيرها.

المنفعة منها إذا كان ذلك في معنى هلاكها؛ لأن نتيجتهما واحدة، وهي عدم الانتفاع، وعلى هذا إذا استأجر إنسان أرضاً للزراعة مدة من الزمن، فغلب عليها الرمل أو صارت سبخة قبل انتهاء المدة، فإن الإجارة تبطل، وينتهى بذلك حق المستأجر في الانتفاع بها، كمما في فتاوى قاضيخان (راجع الهندية ج٤ص المحتاجر)(١).

رد العين المنتقع بها إلى مالكها: ومتى انتهى حق الانتفاع وجب تسليم العين إلى مالكها، إلا إذا ترتب على تسليمها ضرر بالمنتفع، فعند ذلك تبقى بالأجر إلى زوال الضرر، فإذا كانت العين المنتفع بها أرضاً زراعية فزرعها المنتفع، وانتهى حق الانتفاع والزرع لم يدرك، فإنها تشرك بيد المنتفع إن كان حياً، أو وارثه إن كان ميتاً: بالأجر إلى أن يدرك الزرع، والأجر المستحق دائما هو أجر مثل العين عن المدة التى استبقيت فيها، إلا في حالة واحدة، وهي ماذا كان الأجر مستحقا عن مدة هي جزء من مدة عقد الإجارة وقد انفسخت الإجارة قبل تمام مدتها، فإن الأجر الذي يستحق عن هذه المدة هو أجرها على حسب الأجر (٢) المنفق عليه في العقد.

⁽۱) أما إذا كان ذلك لعيب طارئ مثلا، ويمكن زواله فلا، كخراب الدار وانقطاع ما، الرحى التي يحركها جرياته ومرض الاجبر. ففي مثل هذه الاحوال إذا كان المالك مستأجراً كان له حق الفسخ، ولا تنفسخ الإجارة من غير فسخ. ويظهر لى أن العبارية والوصية في ذلك كبالإجارة إذ المستعير والموصى له إنما يملك منفعة العين، فإذا زال الانتفاع بها على وجه لا عودة فيه أصبح ولا ملك له، فترد العين إلى مالكها.

⁽٢) وعلى ذلك إن انتهت الإجارة بانسياء مدنها ثم استبقيت الارض بعد ذلك ثلاثة أشهر لإدراك الزوغ الزم المستأجر بأجر مثل هذه الارض عن ثلاثة أشهر؛ لأنها لم تدخل في مدة العقد المنتهي. وإذا استأجر الارض سنة فتوفى المالك بعد شهرين من ابتداء الإجارة فإن الإجارة تنفسخ بموته، وإذا كان الزرع لم يدرك بقيت الارض في يد المستأجر إلى أن يدرك، فإن كانت مدة بقائها عشرة أشهر أو أقل دفع عنها الاجر بحسب الاجرة المنفق عليها في عقد الإجارة المنفسخ؛ لأنها داخلة في صدتها، وإن زادت على ذلك فكذلك الحكم بالنسبة لعشرة الاشهر الأولى، ويدفع عما زاد عليها الاجرة بحسب أجر مثلها؛ لأن ما زاد عليها لم يدخل في مدة الإجارة المفسخة.

خلاصة الباب

الملك: هو حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه، والانتفاع به إلا لمانع. وقد يعرف بأنه حكم شرعى مقدر وجوده في عين أو منفعة، يقتضى تمكين من أضيف إليه من أن ينتفع بالعين أو بالمنفعة، ومن أن يتصرف فيها ما لم يوجد مانع من ذلك.

وقد يطلق الملك على الشيء المملوك، فيكون في هذا الإطلاق أعم من المال عند الحنفية لشموله المنفعة، وهي ليست بمال.

وكل مال قابل لأن يملك ما لم يمنع من ذلك مانع، كتخصيصه للمنافع العامة، فلا يقبل التملك حيننذ، ما دام مخصصاً لذلك.

والملك يعتبر تامًا إذا شمل العين ومنافعها، وناقصا إذا اقتصر على العين فيقط، أو على المنافع دون العين. والملك التام لا يكون إلا دائما ومطلقا، فيلا يكون مؤقتا بمدة وإن طالت، ولا يتقيد بقيد. فالتصرف المبنى عليه مطلق، وكذلك الانتفاع، وبناء على ذلك لا يقبل التقييد بزمن، ولا بمكان، ولا بكيفية خاصة في الانتفاع، ولا بمنفعة خاصة دون أخرى، ويعطى حق الاستبداد بالشيء المملوك.

أقسام الملك الناقص:

قد يكون الملك الناقص مقتصرا على العين، وقد يقتصر على المنفعة، وفى هذه الحال الأخيرة قد يكون حق الانتفاع حقا شخصياً متعلقاً بشخص المنتفع، وقد لا ينظر فيه إلى ذلك، ولكنه يتعلق ابتداء بالعين المقرر عليها والعين التى قرر لها، وعند ذلك لا يكون إلا في عقار، ويسمى حينئذ بحق ارتفاق، وإذن تكون أقسامه ثلاثة:

ملك العين: إذا أوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له ثم توفى، فقبل الموصى له الوصية، كانت العين دون منافعها ملكا لورثة الموصى، أما المنافع فتكون ملكا للموصى له. مشال ذلك: أن يوصى إنسان لصديقه بجسميع منافع داره مدة حياته يستفع بها كما يشاء على الوجه الذي يريد. وفي مثل هذه الأحوال تنتهى ملكية المنافع بوفاة الموصى له، وتعود إلى مسالك العين وهم الورثة. ومن ذلك نتين أن ملكية المنافع مؤقعة دائما، لعدم قبول المنفعة للتوارث.

ملك المنفعة الشخصى: يستفاد هذا النوع من الملك بالإجارة أو الإعارة أو الوقف أو الوصية، فيكون المستأجر مالكاً لمنفعة العين المؤجرة، والمستعير مالكاً لمنفعة العين الموقوفة، والموصى له لمنفعة العين الموقوفة، والموصى له بالمنفعة مالكاً لها. ولهم عند الإطلاق والتعميم أن يتصرفوا في هذه المنافع وفقا للحدود الشرعية الموضوعة لهم، فيجوز أن يملكوها لغيرهم، وقد يحال بينهم وبين ذلك التصرف إذا ما قيدوا بأن ينتفعوا بأنفسهم فقط، ذلك هو رأى الحنفية.

وهذا النوع من الملكية يقبل التقييد بالصفة والزمن والمكان، فلا يكون للمالك إلا الانتفاع على الوجه المشترط، ولا ينتفع إلا فى الزمن والمكان المعينين، ثم هو مع ذلك مؤقت دائما، ولا يقبل التوارث لما علمت من أن المنافع أعراض لا تبقى، ولا يورث إلا الموجود حال حياة المورث الذى يبقى بعد وفاته، وخالف فى ذلك الشافعية والمالكية والحنابلة، فقالوا: إن المنافع تورث كما تورث الإعيان.

والعين المملوكة منفعتها تكون في يد المنتفع أمانة، فإذا تلفت في يده من غير تعد أو تقصير فإنه يضمنها لللكها. أما إذا تلفت بتعد أو بتقصير فإنه يضمنها للمالك.

وينتهى هـذا النوع من الملك بوفاة المنتفع، وبانتهاء مـدة الانتفـاع، وبهلاك العبن المنتفع بها بلا تعد أو تقـصير، وبوفاة مـالك العبن إذا كان الانتـفاع بطريق الإجارة أو الإعارة. وفي هذه الأحوال يجب تسليم العين إلى مالكها أو ورثته.

الإباحة والفرق بينها وبين ملك المنفعة: ملكية المنفعة: أثر لحيازة مصدرها مورود العبن على وجه يمكن من الانتفاع بها شرعا. ومن أهم آثارها القدرة على

التصرف فى المنفعة بتمليكها، ما لم يمنع من ذلك مانع، كأن يقيد المالك بأن ينتفع بنفسه فقط. أما الإباحة فهى أثر لإذن يصدر من مالك العين للمباح له، بأن ينتفع على وجه خاص، كأن تدعو شخصا إلى الركوب معك فى سيارتك، أو المبيت عندك فى منزلك، وليس للمباح له فى هذه الحال أن يملك غيره هذه المنفعة.

وكما تكون الإباحة بالانتفاع تكون بالأعيان، كمن ينثر نقوداً في المحافل ليتملكها من ينالها، وكمن يدعو صديقه إلى تناول طعامه على مائدته، وفي هذه الحال تكون الإباحة طريقا إلى تملك العين المباحة، فمن تناول نقدا من المنثور ملكه، ومن وضع طعامه في فيه ملكه.

باب حقوق الارتفاق

النوع الشائى من ملك المنفعة أو حق الارتفاق: ذكرنا أن حق الانتفاع للمنتفع عند تملكه المنفعة قد يكون شخصيا وقد يكون عينيا، ولا نعنى بذلك اصطلاح أهل القانون الوضعى (۱)، بل نريد بالشخصى ما كان لشخص المنتفع وذاته دخل فى استحقاقه فاختص به لذلك، سواء استحقه لذاته ـ أى لانه فلان، كما فى الوقف على فلان والوصية له ـ أو لصفة شخصية قامت به، كفقره وطلبه للعلم، وكونه ابن فلان وهكذا، أو لانه قد طلبه لنفسه قصداً واستقلالا، وذلك كما فى تملك المنفعة بطريق الإجارة والإعارة. فإن الموصى إذا قال: أوصبت كما فى تملك المنفعة بطريق الإجارة والإعارة. فإن الموصى إذا قال: أوصبت لفلان بسكنى هذه الدار، فقد استحق فلان السكنى لأنه فلان، وإذا قال: أوصبت بسكناها مدة عشر سنين لطلبة معهد كذا، وكان فلان منهم ـ فإنه يستحق السكنى، لأنه طالب علم بذلك المعهد، وهى صفة له، وكذلك المستأجر والموصى له يستحق كل منهما المنفعة بطلبه إياها، وبتعاقده عليها قصداً واستقلالا، والعقد: التزام شخصى له.

ونريد بالعينى: ما تقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر فثبت ولزم دون نظر إلى مالكهما، ويطلق على حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل وحق المرور، وحق التعلى، وحق الجوار، فإن حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى، أو حق ستى أرض معينة من مجرى ماء معين، أو حق صرف أرض في مصرف من المصارف: حقوق مقررة في محالها من أرض أو مرجري ماء أو مصرف، سواء أكانت مملوكة أو غير مملوكة، وسواء أكان مالكها فلانا أم انتقلت الى ملك شخص آخر، فهي تابعة لمحالها تنتقل معها بانتقالها من يد إلى يد، ومن مالك إلى مالك، وهي كذلك مقررة للأرض المنتفعة للوصول إليها أو لسقيها أو لصرف ماثها أيا كان مالكها، فلا تتأثر باختلاف المالكين ولا باختلاف المتفعين.

ويلحق بهـذه الحقوق حق الشفعـة، وهو ما يؤخذ من المـاء لأجل الشرب

⁽۱) الحق العينى عمندهم : هو الحق الذي يقع على الشيء مبساشرة ولا يستسعمله صباحبه قسبل شخص معين، بل قسبل جميع الناس كالملكية. والشخيصى : هو الذي لا يتمتع به صاحب إلا بواسطة شخص أخر يؤديه إليه، يسمى بالمدين.

والاستعمال المنزلى على وجه العمـوم من ناحية أنه يشمل سقى ما يكون فى أفنية المنازل من الأشجار والزرع والأزهار.

وقد سمى قدرى باشا صاحب (مرشد الحيران) هذه الحقوق بحقوق الارتفاق^(۱)، وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول، وهذا تعريف لم يسبقه به حنفى فيما أعلم، وأظن أنه قد أخذه عن رجال القانون، ثم قلده فيه كثير ممن كتب بعده فى الفقه الإسلامى.

وتعريف حق الارتفاق بذلك يجعله مقصوراً على حق المرور من أرض إلى أخرى، وعلى حق المسيل، وهو إسالة فاضل أخرى، وعلى حق المسيل، وهو إسالة فاضل الماء من أرض إلى أخرى، ولا يشمل حق الشفعة، ولا حق الجوار، ولا حق التعلى، إذ ليس كل منها حقا مقرراً على عقار لمنفعة عقار آخر كما هو بين (٢). وسيتضح ذلك كثيراً فيما يأتى:

الفرق بين هذا النوع من الملكية وسابقه أو بين حق الارتفاق وحـق الانتفاع الشخصئ : من اليسير أن نجمل الفروق بينهما فيما ياتي :

ا ـ إن حق الارتفاق يكون مقرراً لعقار بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه يكون مقرراً لشخص، فـحق المرور من أرض إلى أخرى حق للأرض الثانية، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معـين، وحق الشرب الثابت لأرض على مجرى يكون لهـا مهما تغير مالكـها أو المنتفع بها، فينتفع به على أنه للأرض، وذلك بـخلاف حق انتفاع

 ⁽١) يظهر لى أن الاستحمال مأخوذ عن المالكية. والارتفاق فى اللغة: الاتكاء على مرفق البد (بكسر فكون ففتح) أو (بفتح فكون فكسر) والانتفاع أيضاً يقال: ارتفقت بالشىء أى انتفعت به (من الصحاح) وإذن فحقوق الارتفاق وحقوق الانتفاع بمعنى واحد لغة.

⁽۲) فإن حق الشفعة مقرر الأشخاص على عقار، وحق التعلى مقرر الشخص على بناء أو لبناء على بناء أتحر، وكذلك حق الجوار، فإن النظر فيه إلى عدم إيفاء الجار بأعسال ضارة أو بأصوات متلقة، أو بروائح كريهة، وما أشبه ذلك كما سيأتي، وبهذا يكون الحق مقرراً لمنفعة شخص الا لمنفعة عقار، على أن هذه الحقوق الا تخرج عن أنها أمور متبادلة بين الجحيران بعضهم مع بعض، السنظيم الانتفاع بالملاكب مع عدم الإضرار بالأخرين، شأنها شأن كل قاعدة عامة توضع لتنظيم الانتفاع بالملك، وعلى هذا الا تكون في الواقع من باب حقوق الارتفاق. وعلى الجملة فإطلاق حق الارتفاق على هذه الحقوق الثلاثة فيه تسامع.

الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه، وينتفع به على أنه من حقوقه الشخصية، ولذا لا ينتفع به سواه، وإذا مات انتهى بذلك حقه. ولهذا كان من البين أن حق الارتفاق تزيد به منفعة الأرض المرتفقة كما تزيد به قيمتها، فإن الأرض إذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة.

۲ ـ أنه دائما يكون مقرراً على عقار، ولذا قد تقل به قيمته، فالأرض إذا كانت عليها حق مرور أو حق شرب أو حق مسيل تكون أقل قيمة مما إذا كانت خالصة من هذه الحقوق، بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه قد يتعلق بالعقار كما فى أرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول، كما فى كتاب أعير.

٣ - أنه حق دائم غير مؤقت بوقف ينتهى بانتهائه، ولذا يتبع العقار المرتفق أينما انتقل، فينتفع به كل من ملكه، ولا يزايل العقار المرتفق به وإن تغير مالكه. وإذا تغير لا يستطيع المنع ولا المعارضة، وكذلك لا يؤثر فيه موته، فإذا مات انتقل العقار المرتفق به إلى ورثته محملاً بالحق.

٤ ـ أنه حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به. فلا يملك أن يبطله.
 بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه قد يكون غير لازم كما فى المستعير، فإن المعير يملك إبطاله.

أسباب ثبوت الملكية في هذا النوع: تثبت الملكية في هذه الحقوق السابقة بسبب من الإسباب الآتية:

ا ـ الشركة العامة : فمرافق البلد العامة، كطرقها وأنهارها ومصارفها مقرر عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها، فلكل منزل أشرع بابه إلى الطريق العام حق ارتفاق عليه، هو حق المرور فيه إليه. ولكل أرض زراعية تتصل بموى عام حق ارتفاق عليه هو المسمى بحق الشرب، ولكل أرض تتصل بمصرف عام حق ارتفاق عليه هو حق إسالة ما يفضل من مائها فيه، ويسمى بحق المسيل، ومرجع هذه الحقوق كلها ومنشؤها : هو الشركة العامة في هذه المرافق.

۲ ـ اشتراطها فی عقد معاوضة إذا جری العرف بذلك، فاذا باع شخص أرضاً لآخر على أن يكون عليها حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو لغيرهما ـ

وتم العقد على ذلك ـ ثبت لتلك الأرض حق مرور على الأرض المبيعة إذا كان العرف قد جرى بمثل هذا الشرط^(١).

٣ ـ الانتفاع بالأرض ـ إذا كانت سواتاً ـ فى حق من هذه الحقوق، عندما تتعين لذلك، فإذا أحيا إنسان أرضاً فى وسط أرض موات، وكان يمر إلى أرضه التى أحياها من الأرض المحيطة بها، ثم جاء آخر فأحيا ما يجاورها من الموات، فإن أحيا جميع ما يحيط بالأرض الأولى مرة واحدة، كان للأولى حق ارتفاق على الأرض المحيطة بها جميعها. فيمر مالكها إليها من أية جهة أراد. ويصح للمحيى الثانى أن يخصص له طريقاً، وإن أحييت هذه الأرض المحيطة على دفعات، كان حق ارتفاق هذه الأرض الأولى على آخر قطعة مجاورة لها أحييت، لتعينها للمرور منها قبل إحيائها.

⁽١) يدل على ذلك ما يأتي من الفروع نقلا عن فتارى قاضيخان (ج٣ ص٢١٣).

⁽أ) لرجل داران، مسيل ماه إحسامها على سطح الأخرى، فباع الكار التى عليها المسيل لرجل آخر، ثم باع الدار التى لها المسيل بكل حق هو لها لشخص ثالث، فأراد مشترى الدار الأولى التي عليها المسيل أن يمنع مشسترى الدار الشائية من إسالة الماء على سسطح داره، ذكر في الأصل أن له ذلك إلا إذا ذكر البائع عند بيع الأولى أن مسيل ماه الدار التى لم تبع يكون على هذه الدار التى بيعها.

⁽ب) لرجل داران متلاصقان، آحداهما عامرة والاخسرى خراب، ومسيل ماه العامسرة وملقى ثلجها إلى الحراب، قال الفسقية أبو بكر: إن استثنى البائع (أى بسائع الحراب إذا ما باعه) لنفسه مسيل الماه إلى الحراب جاز لجريان العرف بذلك وإن استثنى ملقى الثلج لايجوز، لعدم تعارف ذلك، وقال الفقيه أبو الليث: إن كان ميزاب سطح العامرة في الحراب ومسيل ماه سطحها إلى هذا الجانب مدونا من القدم، كان المسيل على حاله وإن لم يشترط في العقد ولذا لو كان مسيل سطح دار رجل إلى دار رجل آخر وله ميزاب قديم، فإنه يبقى استحسانا وعليه الفتوى.

والفهوم من هدفين الفرعين (أ، ب) أن اشتراط حق الارتفاق في عقد البيع مشبت له وملزم به، إذا كان هناك عرف بذلك، حتى لا يكون شرطا فاسدًا يفد به العقد، ولا فرق في هذا بين أن يكون مالك المدارين قد أحدث هذا الحق لإحداهما على الأخرى أو تملكهما كذلك، كما يفهم من الإطلاق في الفرعين وعدم التقييد فيهما، بأن يكون ذلك الحق قديمًا أو من إحداث مالك قبله. وهذا الحكم إذا لم يكن حق إحدى الدارين قديمًا، فإن كان قديمًا غير معروف الأصل - كما سيأتي .. فإنه يثبت بقدمه، ولا حاجة إلى اشتراط بقائه في العقد، وبهذا يجمع بدين الفرعين. فلا يكون بينهما خلاف، وهذا الجمع هو ماتقضي به القواعد العامة. غير أنه قد يلاحظ على ذلك: أن المالك للعقارين في الفرعين شخص واحد . ولا يثبت حق الارتفاق لعثار على آخر إلا إذا كان أحدهما علوكا لغير مالك الأخر، أما إذا كاننا لمالك واحد فلا، لأن انتفاعه بأحد العقارين حيث ذيكون بناه على ملكه، ولعل هذا هو السبب في أن مشترى الدار الشائية في الفرع الأول له أن بمنترى الدار الأولى من استمرار إسالة مائها على صطح داره إلا إذا شرط عليه ذلك عند شرائها.

وفي الفتاوي الخانية من باب الشروط في البيع:

١ ـ رجل باع سفل داره على أن يكون له حق قرار العلو عليه جاز ذلك، ذكره شمس الأثمة السرخسى رحمه الله في باب القسمة.

٢ ـ لو باع رجل رقبة الطريق على أن يكون له حق المرور فيه جاز.
 وهذان الفرعان صريحان في أن الحقوق تكتسب بالاشتراط في البيع.

أما الإذن من المالك بالانتفاع فلا يشبت به حق ارتفاق، وذلك كأن يأذن مالك أرض معينة بالمرور منها إلى أرض أخرى بجوارها، فتإنه لايترتب على هذا الإذن إلا إباحة المرور منها لكل من يقصدها. وهذه الإباحة تكون موقوتة ببقاء الإذن، فإذا مارجع عن الإذن أو توفى انتهت (١).

لا القدم عند الجهل بسبب الحق. والقدم فى الواقع ليس منشئا للحق (٢)، وإنما يعتبر أن الحق قد نشأ عن سبب صحيح مجهول. ولكن لطول العهد تنوسى السبب، وبقى الأثر معروفا مقررا دون أن يعرف له مبدأ، فيحافظ عليه لـقدمه وتقرره، والقديم يبقى على حاله، لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح، لبقائه زمانا طويلا، مالم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينشذ، وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه، وإلا حكم ببطلانه. ولذلك إذا كان مسيل سطح دار رجل إلى سطح دار آخر. وكان ذلك أمراً قديما مجهول السبب فإنه يبقى استحسانا، وعليه الفتوى، كما فى الخانية.

مراء العلو في حق التعلى. فإذا كان لشخص دار لها سفل وعلو، فباع علوها لآخر، فإن صاحب العلو يكتسب بشرائه حق التعلى على هذا السفل، حتى لو انهدم العلو بقى له هذا الحق، فيعيد العلو كما كان.

٦ ـ الجوار بالنسبة لحق الجوار. فيشبت لكل دار حق ارتفاق على الدار
 المجاورة بالاستضاءة من فنائها والانتفاع بها على الوجه الذى سنبينه فى حقوق

⁽۱) يدل على ذلك مافى النبسندية (ج٢ ص١٩١): نهر خاص بين رجلين. وله كموى فأضاف إليها رجل بإذنهما ورضاهما كوة جديدة، وحفر منها نهرا إلى أرضه، ومضى على ذلك زمان، ثم بدا لاحدهما أن ينقض ذلك ـ فله أن ينقض، وليس للمأذون له الأجنبي أن يمستنع؛ لأن ماصدر منهما عمارية، والعارية لاتكون لازمة. وكذلك لو مات أحدهما فلورثته أن ينقضوا ذلك؛ لما قلت.

[•] وعند المالكية: أن حق الارتفاق يثبت بالتزامه على وجه التبرع، فيلزم المتبرع سواه أعطاه على الأبد _ وعند ذلك يكون مؤبدا _ أم أعطاه إلى مدة _ وعند ذلك ينتهى بانتهائها ولايجوز له الرجوع في هذا قبل مضيها، وكما جوزوا الإرتفاق على وجه التبرع جوزوه بالمعارضة عليه، فأجازوا لمالك الدار أن يبيع موضع خشب على جداره لحاره، فيصح ذلك ويكون للجار حق ارتفاق على الجدار، وللمالك أيضا أن يؤجر له هذا الموقع مدة معلومة.

وهذا يتفق مع مــاجرى عليه التشريــع الوضعى من إحداث حقوق الارتــفاق بالتعاقد. (راّجع العــقد المنظم للحكام ج٢ ص١٢٧).

⁽۲) ذهب المالكية إلى أن حق الارتفاق يشبت بمضى الزمن عليه دون اعتراض مالك العشار المرتفق، وكأنهم اعتبروا مسضى الزمن مع السكوت فيه رضا وتبرعا، واختلفوا في مقدار المدة التي تمضى. فقيل أربعة أعوام. وقيل أكثر من ذلك. (راجع التبصرة ج٢ ص٢٤٦).

الجوار، وهذا الحق يشبت لكل من الدارين على الأخرى بسبب الجوار كما سيأتي (١).

ومما تقدم يتبين أن هذه الحقوق قد تتقرر على عقار مخصص للمنافع العامة، كالطرق العمامة والأنهار العظيمة ومجارى المياه الصناعية غير المملوكة لأحد من الناس، وقد تتقرر على عقار مملوك ملكًا خاصا لشخص أو عدة أشخاص.

والقاعدة العامـة لبقاء هذه الحقوق ـ ألا يترتب على بقـائها ضرر بين ، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قذر على طريق عام، أو على طريق خاص، فإنه يجب إزالته سواء أكان في ملك خاص أم في ملك عام، قديما أو جديدا (٢).

حق الشرب وحق الشفعة: الشرب ـ بكسر فسكون ـ لغة: النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى لثمود (٢٦ في ناقة صالح (١٥٥ ـ ٢٦): ﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ ويطلق أيضا على زمن الشرب، ويستعمله علماء الشريعة في المعنيين، فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء، وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء، سقيا للشجر أو الزرع، أي زمن الانتفاع به لهذا الغرض.

وحق الشفة هو حق الشرب ـ بضم فسكون ـ سمى بذلك لأن الشرب عادة يكون فى الإنسان وفى كثير من الحيوان بالشفة، ويراد به حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وانتفاعه المنزلى، ولشرب دوابه.

⁽١) ويرى بعض علماً القانون أن ذلك ليس من قبيل الارتفاق، ولكنه من باب تنظيم انتفاع الملاك باملاكهم على وجه لايضر بغيرهم. ولكن لما فيه من الحجر على المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا كان له جائزا لولا تعلق حق لجاره بسبب الجوار اعتبر من هذه الناحية حق ارتفاق . وقد سبق لنا بيان ذلك.

⁽٢) ذكرنا ماتثبت به حقوق الارتفاق عند الحنفية، وأن المالكية أضافوا إليها التزامها بالتبرع أو المعاوضة أو مضى زمن عليها بدون اعتراض بمن له حق الاعتراض، وظاهر عبارات المالكية في كتبهم ـ كالبهجة والتاودى في باب الارتفاق والتبصرة ـ أن حقوق الارتفاق ليست محسورة، وأن لمالك العقار أن ينشىء عليه لعقار آخر حق ارتفاق كما يشاه، كعدم البناه على قطعة أرض معينة، وكعدم زيادة البناء المجاور على ارتفاع معين وغير ذلك، وهذا يتفق مع ماذهب إليه التشريع الوضعى.

أما الحنفية فالظاهر من تعبيرهم فى كتبهم أن هذه الحقوق محصورة فيما ذكرنا، وأنه لايجوز إنشاء حق بالتعاقد لا على وجه التبرع ولا على وجمه المعارضة، وأن التبرع بها يعتبر إعارة يجوز الرجوع فيها، والمعارضة عليها غير جائزة عندهم. لأنهما ليست مما يجهوز الاعتياض عنمه بالمال استقملالا، أو لانها لا يصح أن تكون محملا للبيع استقلالا.

⁽٣) هم قوم صالح عليه السلام.

وتنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين ثلاثة أقسام:

الأول ماء المجارى العامة غير المملوكة لأحد، كماء الأنهار العظيمة، كالنيل والترع العامة المتفرعة منه كالسوهاجية، فمثل هذه المجارى يعد مرفقا عاما يثبت فيه لجسميع الناس حق الشفة، ولأراضيهم المتصلة به حق الشرب على وجه لايترتب عليه ضرر بين، فينتفع الناس بماشها سقيا لأرضهم المتصلة بها وشريا لدوابهم، ونقلا منها لحاجتهم سواء أكان ذلك بشق جداول منها في أرضهم المتصلة بالماء إلى أراضيهم البعيدة غير المتصلة أم بفتح كوى ومنافذ في حوافها، أم بنصب آلات رافعة عليها لرفع الماء منها، مادام ذلك لايضر سائر الناس باستنفاد مائها ولايمنع أحدا من حقه، ذلك لأن ماءها مباح وشركة بين الناس، لما رواه أحمد عن المنبى المناسة لا ملك، لعدم إحرازها، فهم سواء في الانتفاع بالماء العام، الناس فيه شركة إباحة لا ملك، لعدم إحرازها، فهم سواء في الانتفاع بالماء العام، ولذا ثبت لهم حق الشرب.

وهم كذلك سواء فى الانتفاع بالكلأ، وهـو الجشيش الذى ينبت بنفسه دون أن يقوم أحد بزرعه أو سقيه، وإذا كان فى أرض مملوكة، فلكل شخص أن ياخذ منه حاجته.

وهم سواء فى الانتفاع بضوء النار ودفئها، يستضيئون بها ويصطلون دون أن يكون لهم أخذ شيء من جمرها، لأنه مال مملوك لصاحبه.

فإذا أحرز شيء من ذلك كان مملوكا لمحرزه، وامتنع بذلك الإحراز على غيره إلا بإذن من مالكه، فـمن احتش الكلأ كـان ملكا له، ومن أخذ ماء في جـرة كان ملكه، وفي ذلك روى أبو عبيد (١) (نهى النبي ﷺ عن بيع الماء إلا ماحمل منه)، لأن حمله إحراز يصير به مملوكا، فيبيعه كما يبيع غيره من الأموال.

 ⁽١) أبو عبيد هو الإمام الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادى العالم بلغات العـرب، وفيه يقول إسحق
بن راهویه: أبو عبيد أفقه منى، ويقول: إنا تحتاج إلى أبى عبـيد وأبو عبيد لايحتاج إلينا، فقال أبو داود: هو ثقة
مامون. ولد بهراة سنة ١٥٤ وتوفى سنة ٢٢٤.

الثانى ـ ماء المجـارى والينابيع المملوكة. وهى التى ينفجـر ماؤها فى أرض مملوكة،أو يحدثها شخص فى ملكه، أو فى أرض موات له حق إحيائها(١).

فإذا انفجرت عين ماء في أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكا له؛ لأن مكانها قبل انفجارها كان مملوكا له، وكذلك الحكم إذا شق إنسان في أرضه مروى خاصا به، أو حفر فيها أو في داره بئرا، فلايكون لغير مالك الأرض ملك في رقبة المجرى، ولا في رقبة البئر. ومثل هذا في الحكم أن يحفر إنسان بئرا في أرض موات له حق إحيائها، أو يشق مجرى للماء يصله بالنهر فيجرى الماء فيه، فإن هذا البئر أو المجرى يكون ملكا للحافر بحيازته وإحيائه كما سيأتي بيانه، وهذا هو الفرق بين هذه التسم وسابقه، فمكان الماء هنا مملوك كما بينا. ومكانه في الآخر غير مملوك لأحد لغلبة الماء عليه، وأما الماء في القسمين فهو شركة إباحة بين الناس، ولايكون مملوكا لماك مكانه (٢) ولا محوزا بحيازة مجراه، لسبين.

الأول ـ أن هذه المجارى والينابيع إنما أعدت لـتكون طريقا لوصول الماء إلى الأرض المحتاجة إليه، ولم تتخذ في العادة لحيازته، فمثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عشا في دار إنسان، أو ظبى تكنّس (٣) في بستان، فلا يكون الطير ولا الظبى بسبب ذلك محوزا ولا ملكا لصاحب الدار أو البستان.

الثَّاني _ غلبة الماء فيها إلى درجة تحول دون تحقق حيازته، فإن جريانه فيها

⁽١) البشر في الموات لاتكون ملكا لحافسرها عند مالك إلا إذا أشسهد بذلك عسند حفسرها (منح الجليل ج؟ ص٢٢،،

وذهب الحنابلة إلى أن الماه إذا سيق من نهس غير مملوك إلى مسجرى مملوك كان ملكا لمالك المجرى، لحسيارته بسبب حيازة مكانه (واجع الكشاف ج٢ ص٤١٥) أما إذا ظهر الماه بأرض مملوكة بسبب حفر بشر أو انفجار عين فلا يكون مملوكا لمالك الأرض لقوله عليه السلام: «الناس شركاه في ثلاثة: الماء والكلا والنار، ولكن يكون أحق به من غيره، فيأخذ منه حاجته أولا، فإذا اكتفى لايجوز له أن يمنع فضله عن طالبه، ومثله في هذا الحكم كلا الأرض المملوكة ومعادتها السائلة (واجع الكشاف ج٢ ص ٤٠٨).

⁽۲) وذهب كثير من المالكية إلى أن ماه هذه الأماكن يكون علوكا لمالكها لحيازته فيها، فغى منح الجليل (ج٤ص٥٥)، قال ابن رشد: ماكان من الماه فى أرض متملكة سواه أكان مستنبطا، مثل بسر يحضرها مالك الأرض أو عبن يستخرجها، أم غير مستنبط أم غير ذلك ـ فمالك الأرض أحق به، ويحل له بيعه ويمنع الناس منه إلا بثمن، إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم، ويخاف عليهم الهلاك إن منعهم قحق عليه ألا يمنعهم منه، فإن منعهم مجاهدته كما فى المدونة ا. هـ.

وُفى العقد للمالكية أن الماء إذا كان يسيل من الجبال في أرض موات فهو مشترك. وإن كان يسيل وينبع في ملك فهو لصاحب الأرض التي ينبع فيها؛ يرسله متى شاه، ويمنعه متى شاه (ج٢ ص١٣٠).

⁽٣) نكنس الظبي: اتخذ له كناسا ، وهو مأواه من الشجر.

باستمرار ونتوعه (۱) فيها على الدوام مادام يسقون منها _ يجعلها كمجرى متصل بالنهر؛ وذلك لاتصال مائها بماء الأرض بواسطة العين أو بماء النهر الذي تشفرع منه، فكان منبعها شبيها بالكوة تفتح في حافة نهر عظيم لينصب الماء منها في مجرى فلا يعد بذلك محوزا.

ويضاف إلى هذين السببين أن الحاجة إلى ماء هذه الأماكن متجددة دون انقطاع فمن خرج مسافرا لايستطيع أن يتزود من الماء كل حاجته، ولابد له في الطريق الطويلة من أن يستقى من آبارها، وليس فى ذلك ضرر بأصحابها، وفيه حياته وحياة راحلته، فكان من المصلحة أن يجعل هذا الماء مباحا لايمنع منه أحد، بشرط ألا يلحق أصحاب هذه المجارى والآبار ضرر من ذلك.

وهذه المجارى إن أحدثها شخص فى ملكه ليرويه منها أو انفجرت فى ملكه لم يترتب على ذلك وجود حق شرب عليها؛ لأنسها هى والعقار المرتفق بها مملوكان جميعاله، وحق الارتفاق إنما يكون لعقار مالكه غير مالك العقار المرتفق، ولكن إذا باع هذا المالك بعض أرضه التى تروى منها مع حقوقها ومرافقها، أو على أن تروى من هذه المجارى، فإن الأرض المبيعة يتقرر لها بالبيع حق شرب على هذه المجارى المملوكة للبائع، دون أن يكون للمشترى ملك فى رقبتها. وقد ينشئها ملاك متعددون فى أرض مشتركة بينهم على أن تروى منها أراضيهم الخاصة غير المشتركة فيكون شركتهم فيها جميعا. وقد لايكون لهم ملك فيها، وإنما يكون لأراضيهم حق شرب عليها، كما إذا اشترى كل منهم أرضا من مالكها على أن يكون له حق الشرب منها وكان إرواؤها المعتاد منها.

هذا فيما يتعلق بحق الشرب منها، أما مايتعلق بحق الشفة، فإنه لايختص بشخص دون آخر، فكما يكون لأصحابها حق الشفة فيها ـ وهم الذين بيناهم ـ كذلك يشبت لغيرهم من الناس، فيأخذون منها حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى، ولايجوز أن يسقوا أرضهم، لما في ذلك من الضرر بهؤلاء، ولقد ذهب مشايخ بلخ إلى أبعد من هذا، فمنعوا أن ينقل منها الماء للاستعمال المنزلى من وضوء وغسل وسقى لما قد يكون في أفنية المنازل من أشجار أو زهور؛

⁽١) نتع الماء من العين كنصر نتوعا: خرج منها قليلا قليلا.

لأن ذلك قد يأتى على أكثر الماء، فيضر بـأصحاب الحق فيه، ولكن الـصحيح هو الجواز لجريان التسامح في ذلك، واختاره شمس الأثمة السرخسي (١).

والنتيجة أن هذا النوع من إلمجارى والينابيع يتقرر عليه حق الشفة لجميع الناس، ويقتصر الشرب منها على مايروي منها من أراضى أصحابها أو غيزها من الأراضى التى لها عليها حق الشرب كما بيّنا.

ولأن الأساس فى ثبـوت الحقوق علـى مجارى الميــاه والانتفاع بهــا ــ عدم الإضرار بسائر أصحاب هذه الحقوق ــ فإن الانتفاع بها يتقيد بما يأتى:

ا ـ يجب المحافظة على حافة هذه الأماكن عند استيفاء الحق؛ لأن في تخريبها ضررا عظيما لصاحبها إذا كان غير المستوفى، والضرر واجب إزالته، ولذا يكون لصاحبها المنع عندما ترد إليها دواب كثيرة يخشى منها على حافة البئر أو المجرى أن تتخرب، كما يكون له أن يمنع كذلك إذا ماخاف منها لكثرتها أن تأتى على جميع الماء وتقطعه. وهذا هو المعتمد (٢) لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

٢ - إذا كان لهذه الأماكن طريق عام كان على المستقى منها من غير ملاكها أن يسلكه إليها، وليس له أن يجتاز إليها أرضا لصاحب هذه الأماكن أو لغيره؛ لأن في اجتيازها ضررا بصاحبها لاضرورة إليه، فإن لم يكن الوصول إليها إلا باجتياز أرض لصاحب هذه الأماكن، فإن كان يجد حاجته من الماء في غيرها من الأنهار العامة وما ماثلها لم يجز له حينئذ أن يسلك هذه الأرض ليستقى مما بها من الماء، لعدم الضرورة إلى ذلك، وإن كان لا يجد حاجته إلا فيها لم يكن لصاحب الأرض أن يمنعه من اجتيازها لأخذ حاجته من الماء، فإن منعه قيل له: إما أن تأذن له في اجتيازها وإما أن تخرج إليه حاجته من الماء. فإن امتنع أجبر على ذلك، كما يجبر اجتيازها وإما أن تخرج إليه حاجته من الماء. فإن امتنع أجبر على ذلك، كما يجبر

⁽۱) هو محمد بن أحصد بن أبى سهل أبو يكر شمس الدين السرخسى، عده بعضسهم من المجتهدين فى المسائل، وهو تلميذ الإمام الحلوانى توفى فى حدود سنة ٤٩٠، وقسيل توفى سنة ٤٣٨. وله كتاب المسوط أملاه وهو فى السجن بأوزجند، وله شرح السيَّر الكبير أملاه أيضا وهو سجين، وله كتاب فى أصول الفقه وغيرها. حسبه الحاقان بسبب نصحه إياه، وهو منسوب إلى سرخس بخراسان ١.هـ (من الفوائد المبهية ص١٥٨).

⁽٢) ومن العلماء من رأى أن ليس له ذلك عندتذ؛ لأن الدواب لاتردها كل وقت ولا تجىء إليها دائما بهذه الكثرة المخيفة، فيصير انقطاع الماء بسببها في بعض الاوقات من قبيل قسمته ومهايأته. والله يقول (٢٨ _ ٥٥) ﴿وزبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر﴾ أى يحضره صاحبه. ويقول الرسول عليه السلام «الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار».

على إعطاء هذا الماء إذا ما منعه من غير حق حتى كان لطالبه إذا ما اضطر إليه أن يقاتله عليه بالسلاح محافظة على حياته، حكى أبويوسف فى كتابه الخراج أن قوما وردوا ماء فسألوآ أهله، فمنعوهم، وأنهم ذكروا ذلك لعمر بن الخطاب، فقال: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش، فقال لهم: (هلا وضعتم فيهم السلاح؟) (١).

" - إذا كان حق الشرب الأسخاص متعددين وجب أن توزع المياه بينهم توزيعا عادلا، إما بفتحات يفتحونها من مجراه تكون في السعة متناسبة مع ما لكل منهم من أرض. وإما بالمناوبة الزمانية، مايرونه أعدل وأصلح للزراعة. وتتبع هذه الطريقة أيضا في القسم السابق إذا ماخيف على حقوق بعض المنتفعين من جور بعضهم.

الثالث - الماء المحرر، وهو ماحازه في آنية أعدت لذلك، كالصهاريج والحياض والجياض والجيار والأنابيب، ومن ذلك: مياه الشركات في المدن ومياه المجالس المحلية في البلاد. وهذا الماء ملك لمحرزه، شأنه شأن كل مباح في امتلاكه بإحرازه، ويدل على ذلك الحديث المتقدم ونهى النبي سي عليه عن بيع الماء إلا ماحمل منه الأنه لايحمل إلا في إناه من زق أو وعاء، وبذلك يحاز فيحملك بحيازته، وإذا ملك جاز بيعه، وعلى هذا ليس لأحد أن ينتفع بهذا الماء أي انتفاع إلا بإذن من مالكه، ولكن إذا عطش فخاف على نفسه الهلاك من العطش كان له أن يأخذه جبراً عن مالكه لدفع الهلاك عنه، متى كان مالكه غير محتاج إليه في الحال لمثل هذه الحالة، ويقاتله عليه لأجله - ولكن بغير سلاح - حتى يحصل منه على مايدفع الهلاك عنه؛ لأن ذلك ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز على مايدفع الهلاك عنه؛ لأن ذلك ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز عمادة.

وإنما لم يجز له أن يقاتله في هذا الحال بسلاح؛ لأنه إذا فعل فقد يؤدى إلى قتله، ولايجوز لإنسان في سبيل المحافظة على نفسه ودفع الهسلاك عنه أن يتتل غيره في غير دفاع عن حقه واستيلاء عليه.

وإذن فالفرق بين هـــذه الحال والحال المتقدمــة التي يجوز فيهـــا الحصول على

⁽١) المعاملات لاستاذنا أحمد بك إبراهيم رحمه الله تعالى وأكرم مثواه.

الماء بالسلاح، أنه إنما يقاتل قيها دفعا للهلاك عن نفسه باستيلائه على حقه فيه وحصوله عليه؛ لأنه ماء مشترك غير مملوك، بخلاف مانحن فيه؛ لأنه مملوك، فلا يؤخذ من مالكه بقتله.

وعليه عند ذلك أن يضمن لمالكه قيمة ما أخذ. لأنه مال استهلكه في منفعة نفسه واستولى عليه للضرورة، والضرورة لاتنافى الضمان، فكان حكمه حكم الطعام عند المخمصة يمنعه مالكه عن خاف على نفسه الهلاك من الجوع، فيؤخذ قهرا عنه ويعطى قيمته (١).

حق المجرى: يراد به حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لستى ما بها من الشجر أو الزرع. ويكون هذا الحق مقبرا على مجرى فى أرض لشخص ليمر الماء إلى أرض لشخص آخر، وقد يكون ملكا لصاحب الأرض التى هو قيها. وذلك كثير، وقد يكون ملكا لصاحب الشرب وهو قليل، وقد يكون مشتركا بين منتفعين كثيرين، وقد بينًا ذلك فى حق الشرب. وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا المجرى، ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه، وله مطالبتهم بإزالة الضرر البين الذى يصيبه منه بسبب نزّ جانبيه، فيزال بتعميقه وإمرار الماء فيه بقدر، أو بتقوية جانبيه حتى لاينزاً الماء فيتلف ما عليهما من الأرض والزرع أو بغير ذلك.

ويستنبع حق المجرى حق مرور المنتفع على حافته لإصلاحه وكريه وإذالة مايعوق سير الماء فيه، وليس لمصاحب الأرض حينئذ منعه، وليس للمنتفع أن يزرع على حافته شجرا إذ ليس له إلا حق إمرار الماء فقط، وكذلك ليس له أن يسكره (١) إلا برضا بقية المنتفعين، فإن أبوا عليه ذلك ولم يصل الماء إلى مستوى أرضه لعلوها، رفعه إليها بآلة ينصبها في أرضه لا في أرض غيره.

⁽۱) غير أن امتى لاك الماء بالإحراز لا يدفع عنه شبهة حق غيره فيه، وذلك لمعموم الحديث الدال على الاشتراك فيه، فإن لفظ (الماه) جاء فيه عاما يعم كل ماه حتى المحرز، ولكنه خصص بدليل أفاد أن المراد به غير المحرز، وهو الحديث الدال على جواز بيع ماحمل منه. فتج عن ذلك شبهة تسقط الحد في سرقته، فإذا سرق منه إنسان مقدارا لاتقل قيمته عن عشرة دراهم لم يحد، لجواز اشتباهه، وظنه أن له حقا فيه بمقتضى الحديث الدال على اشتراك الناس فيه.

⁽٢) سكر المجرى: كقتل ، سده.

حق المسيل: هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإسالته في مجرى سطحى أو في أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع سواء أكان مصدر هذا الماء أرضا زراعية أم منزلا للسكنى أم مصنعا، وسواء أكان هذا الماء من أمطار أم فاضلا من السقى، أم متخلفا عن استعمال. وقد يكون المسيل في ملك خاص، كأن يثبت الإنسان حق إمرار فضلات منزله من محرى في ملك جاره، ظاهرا كان ذلك المجرى أو مستترا في باطن الأرض، الشرب يكون في مرفق عام، كما إذا كان هذا المجرى في طريق عام، ظاهرا أم مستترا كذلك، وقد يكون المسيل عملوكا لصاحب الحق، وقد يكون عملوكا لصاحب الحق، وقد يكون عملوكا لصاحب الأرض أو الدار المار فيها.

وإذا ثبت هذا الحق على عقار لم يجز لمالكه أن يعارض فيه ويمنعه عن صاحبه إلا إذا ترتب عليه ضرر بين كما تقدم. ثم لايبطل هذا الحق بتغير حال هذا العقار، فإذا كان في دار فحولها مالكها إلى أرض زراعية أو بستان، أو كان في بستان فبناه صاحبه دارا لم يمنع ذلك صاحب الحق من حقه، فيستمر على تصريف مياهه بما ينشئه في العقار من مجرى أو يمد فيه من أنابيب تصل بها إلى مستقرها النهائي، لأنه حق ملازم للعين أنّى ذهبت، وكيف كانت.

ونفقات إصلاح المسيل ـ سواء أكان ملكا لصاحب الحق أم ملكا لغيره ـ على من له حق الانتفاع به، فإن احتاج في إصلاحه إلى دخوله ملك غيره لم يجز للمالك أن يمنعه من الدخول، فإن منعه ألزم باختيار أحد أمرين: فإما أن يمكنه من الدخول للإصلاح، وإما أن يقوم هو بإصلاحه من ماله حتى لايمنع ذو حق من حقه.

وعلى هذا فالفرق بين المسيل والمجرى: أن المسيل لتصريف الماء غير الصالح والمجرى لجلب الماء الصالح، وتكاد تكون أحكامهما واحدة.

حق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام، أو من طريق خاص في ملك غيره، سواء أكان مملوكا له ومخترقا أرض غيره أم مملوكا لصاحب الأرض المار فيمه، وحق المرور من الطريق العام ثابت لجميع الناس، ولأصحاب العقار المتصل به حق الارتفاق به، فيفتحون فيه مايشاءون من أبواب ونوافذ دون

أن يكون لأحد من الجيران حق الاعتراض على ذلك، سواء أكان ذلك إنشاء وإحداثًا أم إعادة وتجديدا لما كان من قبل، ولا يجوز لأحد أن يحدث فيه مايعوق المرور أو يضيق من سعته من إنشاء حانوت أو إقامة بناء أو حواجز ماكان ذلك ضارا، باتفاق بين أثمتنا الثلاثة.

فإن لم يتسرتب عليه ضرر كان إحداثه جائزا بشوط إذن ولى الأمر عند أبى حنيفة، فإن أحدثه أحد بلا إذنه منع من ذلك، وكان حق المنع عاماً يقوم به أى إنسان، فيخاصمه فى ذلك أمام القضاء قبل الإحداث وبعده، لأن الانتفاع بالطريق معروف، فإذا تجاوزه إنسان من غير إذن ولى الأمر كان للناس منعه، وإلا كانت الفوضى وتحقق الضرر.

وقال أبو يوسف : للناس أن يسمنعوه من ذلك ابتداء إذا ما أراد أن يفعل، فإذا تركسوه حتى فعل لم يرفع ما أقامه، لشبوت يده وسبقسها إلى الانتفساع بمباح. ولاضرر على الناس من بقائها.

وقال محمد : المناط عدم الضرر، فإذا لم يكن ضرر فسلا وجه للمنع ابتداء ولا بقاء لأن الارتفاق بالطريق حق مشروع للناس، وهذا نوع منه، فيكون مأذونا فيه من الشارع، ولا حاجة إلى استئذان ولى الأمر مع وجود إذن الشارع، وإذن فلا وجه عند عدم الضرر.

وأصلح الآراء عندى: رأى الإمام؛ لأن التمييسز بين الضار وغيسره مشار للخلاف والنزاع، فلابد من الرجوع إلى ولى الأمر لاستئذانه، لأنه لا يأذن بما يضر الناس، فتنقطع بذلك أسباب الخصومة.

أما الطريق الخاص فقد يكون لـصاحب الحق فيه أن يمر بنفسه فقط دون دوابه، أو يمر فيه مع دوابه، وقد يكون الطريق عملوكا لصاحب الحق ولكنه يمر وسط ملك غيره، وقد يكون مملوكا لصاحب الأرض التي يخترقها، وقد يكون الارتفاق به لشخص واحد، وقد يكون لعدة أشخاص.

فإذا كان لعدة أشخاص كان الانتفاع به مقصورا عليهم، فلكل منهم أن يرتفق به بفتح مايشاء من أبواب ونوافذ، وليس لغيرهم ذلك، ولو اتصلت داره بهذا الطريق، وليس لأحدهم أن يرتفق به على غير الوجه المعروف، إلا بإذن

الشركاء معه؛ لأن حكمه حكم المال المشترى. ولا يعد قيام أحدهم بسد نافذة تطل عليه تنازلا منه عن حقه فى إعادتها. بل يكون له الحق فى إعادتها، كما يكون لغيره ممن يتلقى الملك عنه، وليس لهم أن يتفقوا جميعا على سد الطريق أو إزالته؛ لأن فى ذلك اعتداء على حق ثبت للعامة فيه بمجرد إنشائه وفتحه، وهو حق التجائهم إليه عند الزحام، فإن لم يثبت هذا الحق للعامة ابتداء بسبب منعه عن الطريق العام بإقامة باب عليه، كان حكمه حين شد حكم المال المشترك، وكان لهم حين العام إلغاؤه وإزالته.

التعلى: هو أن يكون لإنسان حق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره، ويتحقق ذلك كما تقدم فى دار لها سفل وعلو، فيبيع صاحبها علوها لآخر، أو يبيع أرضهاوسفلها لشخص آخر، فيكون السفل لمالك، والعلو لمالك آخر (١) ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفل، دون أن يتملك سقفه؛ لأنه يكون ملكا لملك السفل فى جميع الأحوال، إذ إنه جزء من سفله ومتمم له، ولا يعد مسكنا الا به.

وكذلك يتحقق فى دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر لكل شخص طبقة من طبقاتها، فيكون للأعلى حق التعلى والقرار على من يليه، وهكذا إلى أرضها. على من يليه، وهكذا إلى أرضها. ويكون سقف كل طبقة مملوكا لمالكها، وللمستعلى عليه حق الانتفاع به فقط.

وحق التعلى نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار، فإن حق القرار كما هو ضرب من الجوار، فإن حق القرار كما يشبت بإجارة أرض ليبنى عليها على أن يكون للبانى حق القرار والبقاء مادام يدفع أجرها، يثبت كذلك بما قدمنا من بيع علو لآخر فيكون للبناء المستعلى حق القرار على السفل.

وإذن فــحق القرار إمــا أن يكون حق قــرار وبقاء على أرض وهو المعــروف بالحكر، وإما أن يكون حق قرار وبقاء على بناء وهو حق التعلى.

كذلك الجوار قد يكون جوارا جانبيا، وقد يكون جوارا علويا أو رأسيا كما

⁽١) قال في البحر (ج٥ ص ٣٢٠ وفي الظهيرية : لو باع سفلا على أن له حق قرار العلو عليه جاز. وراجع كذلك البحر (ج٦ ص١٤٨ في باب الحقوق.

تسميه، فالجانبي يكون بين دارين متجاورتين في الأرض. والعلوى أو الرأسي يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر.

وهذا الحق لايثبت عند الحنفية إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه، فبلا يباع حق التعلى استقلالا، لأن بيعه استقلالا غير صحيح عندهم؛ لأنه ليس بمال.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز بيعه استقلالا، وإذن يثبت بيعه استقلالا كما يشبت في ضمن بيع بناء العلو، وإذا بيع استقلالا عندهم، فقد يباع والسفل قائم، فيحدد عندئذ العلو المباع بأنه علو السفل أو علو ناحية معينة منه، وقد يباع قبل وجود السفل، فيوصف في العقد ماسيني من سفل، ويحدد ويقدر مايباع من علوه، ويبين كل ذلك بيانا لايكون معه نزاع.

وهو حق دائم لايسقط بانهدام كل من العلو أو السفل ولا بهدمهما، فإذا انهدم العلو كان لصاحب ولوارثه من بعده تجديده، وليس لصاحب السفل أن يطالب بإعادته على القول الصحيح؛ لأنه لا منفعة له في ذلك (١).

⁽١) إذا انهدم السفل فجدده صاحبه علاه الآخر بالبتاء دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب السفل بتيمة ماانهدم من علوه، إذا كان انهذام السفل من غير تعد منه، أما إذا كان بتعد منه فإنه يضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بنائه. وإن لم يجدده فلذلك حالتان:.

الحالة الأولى: أن يكون انهام السفل بغير تعد من صاحبه، كأن يسقط بزلزال أو لوهن بسبب بلى، وعند ذلك لا يجبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولم يتعد على حق صاحب العلو حتى يجبر على إحبائه. ولكن يكون لصاحب العلو أن يعيد ماسقط من السفل بإذن من صاحبه، أو بإذن من القاضى إفا ما أباه عليه صاحب السفل. فإذا أذن فأعاده رجع على صاحب السفل بما أتفق؛ لأنه بالإذن صار وكيلا عنه في الإنفاق على إعادته. فإن كان الإذن منه فالأمر بين، وإن كان من القاضى فقد قام القاضى مقامه في إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عامة في رفع المظالم

وإن أعاده من غير استئذان نفي حكمه اختلف النظر:

١ - فذهب الحنفية إلى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئفان عـفر، وعلى ذلك يكون بعض مايجدده من السفل ملكا لصاحب السفل ولايرجع عليه بشى، عما أنفق عليه، إذا كان فى مكته أن يستأذن ولم يفعل، وأما إذا منعه من الاستفان عفر من الأعذار فلا يعد متبـرعا لاضطراره حيتذ إلى البناء ليصل إلى حقه، ويرجع حيننذ على صاحب السفل بما أنفق (واجع الحاتية والبزارية فى باب الحيطان).

٢ - رذهب بعضهم إلى أنه لا يعد فى الحالين متبرعا. لاضطراره إلى اليناه بسبب أنه لا يصل إلى حقه إلا به، ويكون ما يقيمه من البناء ملكا له، إذ لا يمكن اعتباره وكيلا عن صاحب السفل فيه، لأنه غير مأذون بإعادته. ولما كان بقاء السفل حيتة مملوكا لصاحب العلو على أرض مملوكة لغيره إلى غير أمد لا يتفق مع حقوق مالك الارض وهو صاحب السفل، كان لصاحب السفل أن يتملكه باعتباره تابعا لارضه جبرا عن صاحب العلو، فيتملكه بنيمته وقت بنائه؛ لأنه يستحق تملكه من هذا الوقت، وقال آخرون: يتملكه بقيمته وقت الرجوع عليه؛ لانه =

تصرف كل من صاحب العلو والسفل في حقه: ولاتصال كل من صاحب العلو والسفل بصاحبه وتعلق حق كل منهما بملك الآخر (٢) _ يتقيد تصرف كل منهما في ملكه بألا يضر بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو بناءه فيوهن السفل، ولايفتح صاحب السفل في بنائه فتحات تضعفه وتضره فلا يقوى على حمل العلو.

وقد قسم الفقهاء التصرف الذي يصدر منهما ثلاثة أقسام:

الأول ـ التصرفات التى تضر أحدهما ضررا محققا كأن يهدم صاحب السفل على بعض عمده، أو يرفع جدره، أو يبنى صاحب العلو بناء لايقوى السفل على حمله، وهذا النوع تمنوع أن يباشره كل منهما. فإذا فعله أحدهما كان ضامنا الم يترتب على فعله من تلف.

الثانى ـ التصرفات التى لايترتب عليها ضرر بأحدهما: كدق مسمار صغير فى جدار. وكقيام صاحب العلو بدهن بنائه، وقيام صاحب السفل بإدخال النور الكهربائى فيه، وهذا النوع لكل منهما أن يباشره فى ملكه دون أن يكون للآخر أى اعتراض عليه.

وقت التملك فعلا، وهذا هو الأصع المختار للفتوى (راجع رد المحتار آخر باب الشركة).

٣ - وذهب فريق ثالث إلى أن صاحب العلو إنما بنى السفل مضطرا ، وذلك كاف فى اعتباره حكما بمنزلة الموكيل عن صاحب السفل فى الإعادة. وليس فى ذلك إضرار بأحدهما. فإن صاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عنت، وصاحب السفل يتملك السفل بقيمته التى انفقت عليه، وعلى ذلك يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بجميع ما أنفقه فى الإعادة (واجع البدائع).

وإذا أراد صاحب العلو أن يتسملك الارض من صاحب السفل في هذه الحسال بدون رضاه لم يكن له ذلك؛ لأن الارض أصل ولا يكون الاصل تابعا لفرعه وهو البناء (راجع الحاتية).

الحالة الثانية : أن يكون انهدام السفل بفعل من صاحبه، وعند ذلك يجبر صاحب السفل على إعادته لتعديه، ويضمن لصاحب العلو في هذه الحالة بلا إذن ويضمن لصاحب العلو في هذه الحالة بلا إذن اعتبر متبرعا لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنفيذه، وذلك بالرجوع في ذلك إلى القضاء بخلاف الحالة الاولى.

وليس ببعيد أن يتجه النظر إلى أن صاحب العلو لا يعد متبرعا فى هذه الحال أيضا، لانه مابنى إلا ليصل إلى حقه، فيكون شأنه شان أى بان فى ملك غيره، أو شأن مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقدونة على سكناه، وعلى ذلك يكون مايينيه ملكا له ولصاحب الارض أن يتملكه إذا أراد. وفى حالة رجوع صاحب العلو على صاحب السفل بشىء مما أنفق يكون لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدى إليه ماعليه، وإذا امتنع صاحب السفل من أداه ذلك، كان لصاحب العلو أن يستغل السفل بإذن القاضى، على أن يحتسب غلته مما أنفق حتى يستوفى حقه فإذا استوفاه سلم إليه (راجع الحائية).

(١) أما تعلق حق صاحب العلو بالسفل فظاهر، وأما تعلق حق صاحب السفل بالعلو، فلأنه يمنع عنه المطر وتأثير الشمس في ستفه. الشالث ـ التصرفات التى يشك فى نتائجها، فلا يدرى على وجه العلم أيحدث منها ضرر أو لا، كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فى حجرة منه. وهذا النوع تجوز لهما مباشرته عند الصاحبين خلافا لأبى حنيفة.

ويرجع الخلاف في ذلك إلى اختلافهم في الأساس الذي يرجع إليه في الحكم على تصرف كل منهما.

فعندهما: أن الأصل فيه هو الإباحة؛ لأن كلا منهما يتصرف في ملكه، فلا يمنع من تصرفه إلا إذا وجد المانع منه، وهو الإضرار بحق غيره على وجه التحقيق، ولذا منع مما يضر، ولم يمنع من غيره، وهو ماجهل أثره، وما علم عدم ضرره.

وعنده: أن الأصل فيه هو المنع؛ لأن كلا منهما يتصرف في ملك تعلق به حق صاحبه، فلا ينفذ تصرف إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحقه. ولذا منع مما يضر ومما جهل أثره، ولم يسمنع مما علم عدم ضرره. وبناء على ذلك فالتصرفات التي يشك في نتائجها غير جائزة عنده. لعدم التحقق من وجود المسوغ للتصرف، وهو عدم الإضرار بالغير قطعا(١).

⁽١) حكم التصرف في حتوق الارتفاق السابقة: يجدوز التصرف في رقبة كل المجرى أو المسيل أو الطريق أو المعلى، إذا كانت مملوكة لصاحب حق المجرى أو حتى المرور أو حق التعلى ولانه في هذه الحال من الأعيان أو من المال، فيجوز التصرف في الأموال، فتباع وتوجب وتؤجر ويوصى بها إلى غير ذلك.

رإذا لم تكن الرقبة مملوكة لصاحب الحق بأن كان له حق إسالة الماه فقط. أو كان له حق المرور فقط، فإن حصل التصرف فيها تبعا للتصرف في الأرض المرتفقة بهها، بأن يبيع حق الشرب أو حق المرور أو المسيل مع المنفسة كالإحارة والوقف والوصية بالمنافع، فإنهها لاتحتاج في تضمن العقد لها وشموله إيهاها إلى نص عليه، فيشملها العقد من غير نص؛ لأن الغرض منه أن يتضع بالعين في الحال، ولايتم ذلك على الوجه المتصود إلا مع دخول هذه الحقوق، فيشملها العقد حيتذ لاقتضاته دخولها.

وإذا كان التصرف من العقود التي يكون المقصود منها تمليك العين، مثل البيع والهبة والصدقة، فإنه لا يتضمنها إلا بالنص عليها، كأن يقول البائع: بعتك هذه الارض بحقوقها أو بمرافقها أو ما أشبه ذلك، فإن لم ينص عليها لم تدخل في العقد، ويقيت في ملك البائع مجردة عن العين، وإنما لم تدخل من غير نص لأن العقد لايقتضها، إذ قد يكون القرض منه التملك والاحتفاظ بالعين للتجارة والربح، وذلك يتحقق بغير هذه الحقوق، وبهذا يتبين أنها قد تملك مجردة من عين متفعة بها.

وإن حصل التصرف فبها استقلالا، أي منفردة عن العقبار المنتفع بها. فإن كان هذا التصرف بإسقاطها صع؛ لانها تقبل الإسقاط وإن كبان بتعليكها يطريق اليهم أو الهية أو الصدقة لم يجز عند الحنفية؛ لانها ليست بمال عندهم، -

حقوق الجوار: نريد بالجوار هنا: الجوار الجواني، وهو النوش عن الملاصقة بالحدود وحقوقه تقوم على منع مالك العقار من أن يضر بجاره ضررا بينا فاحشا في سبيل انتفاعه بملكه، وهي موضع خلاف بين العلماء، فأبوحنيفة وأصحابه لايرون أن يتقيد مالك في انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره، فإن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك كمال الاختيار في كيفية انتفاعه بملكه على الوجه الذي يريد مادام خالصا من تعلق حقوق غيره به، فله أن يفتح فيه ماشاء من النوافذ، وأن يهدم ماشاء من جدره، وأن ينشئ به مايشاء من مصانع، وأن يحفر فيه مايرى من آبار، وأن يتخذه مسكنا أو متجرا أو مصنعا ترتب على ذلك ضرر بجيرانه أم لم يترتب، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد (١).

وعبدم إلزام المالك أمام القـضـاء بأن يتجنب كل انتـفـاع يملكه يضر جـار، لايعفيه من المسئولية الدينية والأدبيـة والخلقية، فإن رعاية الجار والإحسان إليه من

= وذهب بعضهم إلى جواز بيع كل من حق المرور وحق الشـرب دون حق المــيل لتعارف الناس ذلك، والأول أصــم لأنه ظاهر الرواية.

واجاز المالكية بيع هذه الحقوق استقبلاً ، وهو ما ذهب إليه اختابقة (راجع كشاف القناع ج٢ ص٠٠٠) كما أجازوا إنشاءها نظير بدل، وقد ذكرنا ذلك. ولقد أجازوا كذلك بيع أجزاء منها معلومة، كثلث ونصف إذا ماقبل الحق النجزنة، كحق الشرب، فيجوز لمالكه أن بيع نصفه أو ثلثه وهكذا. (راجع البهجة ج٢ ص١٦).

وإن كان تمليكها بطريق الإجمارة لم يجز عند الحنفية كذلك للجهمالة الفاحشة وعدم قبول الحقوق أن تؤجر على الانفراد لَيذه الجهالة، ولعدم ولاية صاحبها على محالها؛ لانها في ولاية غيره، وكذلك لاتصح أجرة في عند الإجارة عندهم؛ لأن الأجرة في عقد الإجارة كالثمن في البيع، وهي لاتصلح ثمنا، لانها ليست بمال. ومقتضى ماذكره صاحب البدائع أن هذه الحقوق لانقبل أن تملك لغير مالكها استقلالا، سوا، أجرتها أم جعلتها أجرة في إجارة أم جعلتها بدل صلح أم جعلتها بدل قصاص أم جعلتها مهرا أم بدل خلع؛ لأنها حقوق مجردة، وهي لاتقبل أن تملك مفردة غير تابعة لغيرها (راجع البدائع ج1 ص١٩٥).

وهذا فى غير حق التعلى، أما حق التعلى فلا يجوز بيعه ولاتمليكه استثلالا من غير البناء عند الحنفية؛ لانه ليس بمال، خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

وقد اتفق الفقهاء جميعا على أن هذه الحقوق تقبل التوارث، سواه أكانت تابعة للعنفار المتنفع بها أم منفردة عنه، فتسقل بالموت إلى ورثة مالكها كسما تشقل الأعيسان؛ لأن الوراثة خلافة قهسرية بحكم الشارع، وليست من قسيل التملك الاختيارى. وكذلك اتفقوا على صحة الوصية بها لأنها تشبه الميراث من ناحية أن التملك فيها لايكون إلا بعد الموت، ولذا قالوا: إن الوصية أخت الميراث أى مثله فى الأحكام، فما يجوز فيه التوارث تجوز فيه الوصية فإذا أرصى صاحب الشرب لصديق له بأن تسقى أرضه، من شربه. جاز ذلك وكان للموصى له سقى أرضه، ويشهى حقه بوفاته، لأنها وصية بمنافع، وهى تشهى بموت المشفع، كما نص على ذلك صاحب البدائع فى الموضع السابق، وكان مقتضى قولهم: إن الوصية أخت الميراث، ولكنهم لم يجوزوا ذلك لأنها ليست بمال (راجع البدائ

(١) وإذا فعل شيئا من ذلك فـــقط بسببه بناه جاره، فإن كان سـقوطه نتيجة مباشرة لما فعل، ضــمن لجاره قيمة التلف ــ كما سيأتى ــ وإن كــان عن طريق التــبب لم يضمن؛ الآنه إنما باشر حقا من حقسوقه. فلم يكن متعديا. وهذا هو ظاهر الرواية. الفضائل الخلقية التى جاء بها الدين، فقد قبال عليه الصلاة والسلام: "من كان يؤمن بالله واليموم الآخر فليكرم جاره وقال: "والله لإيؤمن _ قالها ثلاثا _ قالوا: من يارسول الله؟ قال: الذي لايأمن جاره بواثقه أي شروره. وإذن فمن الدين وحسن الخلق أن يتصرف الإنسان في ملكه بما لايؤذي جاره، ولكن ذلك أمر لايتدخل فيه القضاء.

وذهب المتأخرون من علماء الحنفية إلى ماذهب إليه مالك، فمنعو الجار أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، لقوله على الدين الاضرر والاضرار والأن الناس لسوء أخلاقهم ونقص دينهم تركوا ما أوجبه عليهم الدين خلقا وأدبا من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضي وساءت الحال، والضرر البين الفاحش مما يكون سببا لسقوط بناء الجار، أو لوهنه أو الأذى الجار أذى بالغاعلي وجه دائم، كأن يحول إنسان داره إلى مصنع للحديد يطرق فيه طرقا شديدا، فيقض مضجع جاره، ويوهن بناءه، أو يمنع الضوء عن جاره إلى درجة يتعذر فيها مزاولة أعماله بسبب بناء يقيمه، أو يتخذ داره مطحنا تضطرب الأصواته أعصاب جاره، فلا يستطيع النوم والا يجد الراحة، أو يفتح على ساحة جاره نوافذ تتكشف بها نساؤه، أو نحو ذلك.

وهذا الرأى استحسان عندهم، فإذا فعل المالك شيئا من ذلك منع مينه، وأمر بإزالته وكان ضامنا لما يترتب عليه من تلف بدار جاره في رأيهم، سواء أكان هذا التلف نتيجة مباشرة لفعله أم حدث تسببا عنه (١).

وإذا كان شيء من ذلك قديما قبل الجوار، فجاء شخص وأقام بجواره منزلا لم يكن له أن يـطالب بإزالته، لأن إقـدامـه على هذا الجـوار رضـا منه بالحـالة الموجودة، فطلب تغييرها عنت لا يجاب إليه.

[&]quot;(۱) وأساس ذلك ما في مجمع الضمانات: إذا دق رجل في داره شيئا، فسقط بسبب ذلك شيء من دار جاره فتلف ضحمته لجاره، كالقصار إذا دق الثياب في حانوته لأجل تبيضها فسقط لذلك جدار من دار الجار فإنه يضعنه، وإن لم يكن في ذلك متعديا؛ وسبب ذلك أن التلف إذا صاترتب على الفعل مباشرة ضحن الفاعل ماتلف، سواه أكان متعديا في فعله أم لا، وإن ترتب سببا لم يضمن إلا عند التعدى في الفعل. فإذا أدخل إنسان في داره دواب فضربت بأرجلها جدار الجار فعظ، لم يضمن لجاره شيئا، فإن هذا التلف قد تسبب عن إدخال الدواب، ولم يكن صاحب العقار متعديا فيه، وقد سئل ظهير الدين عمن حفر في داره بثرا أو اتخذ فيها بالوعة، فوهن من ذلك حانط جاره فسقط، فقال: لايضمن، قال صاحب المجمع: ذلك مبنى على ظاهر الرواية، لان ظهير الدين كان يفتى به، ومقتضى ذلك أن يفتى في هذه الحال بالضمان بناء على مااستحسه متاخر و الحنية.

خلاصة الباب

النوع الثانى من ملك المنفعة: فى هذا النوع تكون المنفعة المملوكة متعلقة بالعين المقررة عليها ومرتبطة بها، ولا يكاد ينظر فيها إلى شخص المتنفع بها، وتشمل ـ على وجه الحصر ـ الحقوق الآتية:

حق الشرب _ حق الشفة _ حق المجسرى _ حق المسيل _ حق المرور _ حق التعلى _ حق الجوار. ومن هذه الحقوق مايكون مقررا على عقار لمنفعة عقار آخر ملوك لغير مالك العقار الأول، ويسمى حيننذ حق ارتفاق، ويشمل : حق الشرب وحق المجسرى، وحق المسيل، وحق المرور، ويمتاز بأنه حق دائم بالنسبة لمالك الأرض المنتفعة، ويقبل التوارث، كحق التعلى.

أسباب ثبوت هذه الحقوق:

٢ - اشتراطها في عقد معاوضة مالية إذا جرى العرف بذلك، فإذا بيعت قطعة من أرض على أن يكون لها حق إمرار ماء السقى على الباقى من الأرض كان لها حق المجرى على الباقى من الأرض بعد البيع.

- ٣ ـ الانتفاع بالأرض المباحة في حق من هذه الحقوق.
 - ٤ ـ قدم الحق عند الجهل بسببه.
- ٥ ـ شراء العلو القائم، فيثبت لمشتريه حق التعلى علمي البناء الأسفل.
- ٦ ـ الجوار، فيثبت للجار على جاره ألا يؤذيه أذى بالغا عند انتفاعه بملكه.

شرط بقاء هذه الحقوق؛

والقاعدة العامـة لبقاء هذه الحقوق: ألا يترتب على بقـائها ضرر بين بأحد، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قذر على طريق عام.

حق الشرب والشفة:

لبيان أحكام هذين الحقين يجب قسمة مايتعلقان به ـ وهو الماء ـ ثلاثة أقسام:

الأول _ ماء المجارى العامة كنهر النيل، وللسناس أن ينتفعوا بما ثه وبماء أمثاله حسب مايشاءون بشرط ألا يطغى بعضهم على بعض، فلهم حق الشفة، وهو أخذ مياهه لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى بوجه عام، ولهم حق الشرب، وهو سقى أراضيهم وأشجارهم.

الثانى ماء المجارى الملوكة، وانتفاع مالك المجرى بهذا الماء كانتفاعه بماء المجارى العامة. أما انتفاع غيره فيقتصر على حق الشفة بشرط ألا بضر بمالك المجرى.

الثالث ـ الماء المحرز في الأواني، وهذا النوع يعد من المال المملوك، فلا ينتفع به أحد سوى مالكه، وإذا أراد الانتفاع به إنسان فعن طريق مالكه.

حق المجدى: هو حق إمرار الماء من أرض إلى أخرى لسقيها، فليس الصاحب الأرض المقرير عليها هذا الحق أن يمنع مرور الماء إلى الأرض الأخرى، وله المطالبة برفع الضرر الناشئ عن مرور الماء، وعلى صاحب الحق إزالة هذا الضرر، ويتبع هذا الحق حق المرور على حافة المجرى لإصلاحه.

حق المسيل: هو حق إسالة الماء الزائد عن الحاجة في مجراه المعد له إلى مستقره المعهود ولا يؤثر فيه تغيير صفة الأرض المرتفق بها وهو في الحكم كحق المجرى، غير أن المجرى لإسالة الماء الصالح، والمسيل لإسالة غير الصالح.

حق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه، وقد يكون من طريق عام أو من طريق خاص، فإن كان من طريق خاص لم ينتفع به إلا بالمرور على الوجه الذى تقرر لـه من مروره وحده أو بدوابه، ولا يتجاوز ذلك الانتفاع إلا بموافقة سائر المنتفعين به.

وإن كـان فى طريق عام لم يـتجـاوز فى الانتـفاع به المرور منه إلا إذا كـان انتفاعا غير ضار، وقد أذن به ولى الأمر عند أبى حنيفة، وإلا منع من ذلك.

حق التعلى: هو أن يكون لإنسان الحق فى أن يعلو ببنائه بناء غيره، ويثبت هذا بشراء العلو القائم عند الحنفية، ويثبت كذلك عند المالكية بشراء نفس علو السسفل الموجود فيتقرر الحق على هذا السفل، وهو دائم لا يسقط بانهدام البناء الأسفل، بل يكون لصاحب الحق أن يجدد بناءه بعد إقامة البناء الأسفل، وليس لمالك أحد البناءين أن يتصرف فى بنائه تصرفا يضر ببناء الآخر، وكذلك ليس له من التصرف ما جهلت نتيجته عند الإمام خلافا لصاحبيه.

حق الجوار: نريد به ألا يضر جار بجاره لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاضرر ولا ضرار" فلا يفتح جار على منزل جاره منافذ تنكشف بها نساؤه، ولايحول جار داره إلى مصنع تؤذى أصواته جاره، ولايحدث بها بالوعة تسرب منها المياه إلى جدر جاره فتوهنها، إلى غير ذلك، وهذا رأى المالكية ومتأخرى الحنفية.

وذهب أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وأحمد إلى أن المالك لايتقيد في ملكه بذلك؛ لأن انتهاعه بملكه حق من حقوقه، فملا يحول دون ذلك أحد.

باب أسباب الهلك التام

يستفاد الملك التام بسبب من الأسباب الآتية:

(i) بوضع اليـد على المال المباح، وإن شــــُت قلت : بحــيازته والاســـتيــلاء عليه.

(ب) بالميراث، وإن شئت قلت: بوفاة المورث بالنسبة إلى الوارث.

(جـ) بأحد العقود الناقلة للملكية.

١- حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها:

يمتاز هذا السبب عن السببين الآتيين بثلاثة أمور:

الأول _ أنه سبب منشئ للملكية ، فيوجدها بعد أن لم تكن ، بخلاف السببين الآتيين فإن الملكية تكون ثابتة قبل تحققهما ، وبهما تنتقل من شخص إلى آخر . فالبيع ينقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى ، والميراث ينقل المال الموروث من ملك المورث إلى ملك الوارث . أما التملك بوضع اليد على المال المباح أو بحيازته ، فإنه يثبت ابتداء بوضع اليد ، وقد كان المال قبل الاستيلاء عليه غير مملوك لأحد ، وبه صار ملكا للمستولى ، فالصائد إذا ماصاد سمكة ملكها بالصيد ، ولم تكن قبل الصيد ملكا لأحد . وبهذا يتبين أن الحيازة أساس لكل ملكية وجدت ابتداء في هذا الوجود . إذ كانت جميع الأشياء مباحة لايملكها أحد ، ثم تملكها الناس بالحيازة ، ثم تصرفوا فيها بالبيع وغيره وتوارثوها كذلك .

الثانى _ أنه مختص بالأموال المباحة، فلا يفيد ملكا فى الأموال المملوكة، سواء أكانت عقارا أم منقولا ، فإذا وضعت يدك على مال مملوك لإنسان، لم تملكه بوضع اليد عليه وإن طال، وعلى ذلك : إذا وجدت ساعة أو قلما فى مكان الدراسة فالتقطتهما، لم تملكهما مهما طال وضع يدك عليهما، وكثر بحثك عن مالكهما، واستمر عدم معرفتك إياه، وكانا لديك أمانة ماداما فى يدك إلى أن

يظهر صاحبهما (۱) وكذلك إذا ضلت لك دابة فأمسكها آخر، أو أفلت منك طير أو سمك فصاده صائد، فإن ملكك للدابة والطير والسمك باق، وكان لك أن تأخذها بمن استولى عليها، فإذا امتنع أجبر على ذلك متى ثبت أنها كانت لك (۱)؛ ذلك لأنك إذا ملكت شيئا بقى مملوكا لك، واستمر كذلك إلى أن ينتقل إلى مالك آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكسية، أو ينتهى ملكك له بوقفه؛ لأن الوقف منه للملكية عند الحنفية.

وإذن فلا يتملك شيء مملوك بوضع اليد عليه وإن تقادم عهده، كما لايسقط حق إنسان بتركه المطالبة به مدة وإن طالت، وذلك يخالف ماجرى عليه التشريع الوضعى، فإنه جعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة سببا من أسباب الملك متى تحققت به حيازة هذا المال من الاستئثار بمنافعه، والتصرف فيه، كاستئثار صاحب المال وتصرفه، وبعبارة أخرى: متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له (٢)، كما جعل مضى مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سببا مسقطا له.

ويختلف طول هذه المدة باختلاف الحقوق ومايلابسها ـ عند وضع اليد عليها ـ من الظروف، وليس من شأننا تفصيل ذلك.

ولعل أساس ذلك: أن الشان في المالك ألا يترك ماله في يد غير يده اتخذت لها مظاهر الملكية بشكل علني طيلة هذه المدة، دون أن يتحرك أو يحافظ على حقوقه، أو ألا يترك المطالبة بحقه هذه المدة مع سكوت من عليه الحق وعدم

⁽۱) هذا مذهب الحنفية. وذهب الشافعي إلى أن مايلنقط من المال تافها أو غير نافه، يجوز لملتقطه أن يتملكه بعد تعريفه المدة الواجبة فيتملكه على رأى بقوله: تملكته، وعلى رأى آخر بمجرد مضى المدة دون حاجة إلى لفظ يفيد التملك، فإن ظهر مالكه بعد ذلك أخده إن كان موجودا، وأخد بدله إن كان قد استهلك. وذهب الحنابلة إلى أنه يملك بالتقاطه دون الحاجمة إلى تعريف إن كان مما لا تتبعه رغبة أوساط الناس، كالرغيف ونحوه، فإن ظهر صاحبه أعطى إليه إن كان موجودا، وإلا لم يستحق شيئا على مستهلكه، أما ما عدا ذلك فلا يملكه ملتقطه إلا بتعريفه سنة دون أن يجد مالكه، وهو لمالكه بعد ذلك إن ظهر وكان موجوداو فإن لم يكن موجودا فله ملكه.

ورأى المالكية قريب من هذا. والتسيجة: أن غير الحنفية يرون أن مايلتقط من المال ننتقل ملكيسته إلى ملتقعه بالشروط التي ذكرناها، يخلاف الحنفية (راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع ومنح الجليل في اللقطة).

 ⁽۲) وكذلك الحكم إذا نبذه مالكه رغبة عنه فلا تزول ملكية عنه بأخذه، وذهب أحمد إلى أن أخذه يتملكه
 فى هذه الحال بتناوله (راجم كشاف القناع فى كتاب اللقطة).

⁽٣) راجع كتاب الأموال للدكتور كامل مرسى باشا بند ٨٦٠.

قيامه بأدائه، وأن ذلك دليل على أنه لا حق له أو أن حقه قد انتقل إلى واضع اليد عليه، أو إلى المطالب به بسبب من الأسباب. وأن المصلحة تقضى _ فى مثل هذه الأحوال التى تكتنفها الجهالة _ باعتبار وضع اليد سببا للملك، وباعتبار مضى المدة مسقطا للحق قطعا للنزاع.

ولكن فقها، الإسلام لم يروا ذلك مسوغا لاكتساب حق أو لسقوطه أو زواله، ورأوا أن وضع اليد على هذه الصفة لايصح أن يتخذ دليلا على انتقال حق ثابت من مالك إلى آخر بسبب من أسباب نقل الملكية، وأن غاية مايفهم من هذه الأحوال ـ بحسب ماسار عليه العرف وجرت به العادة ـ أن الدعوى بالحق في مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر، وأن مدعيها مبطل، والحكم في مثل هذه الدعوى يكون بعدم سماعها، سدا لباب التزوير وقطعا للدعاوى الباطلة إلى الحد المكن (۱).

غير أن اتجاه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع يختلف عن اتجاه علماء القانون، فإن اتجاه الفقهاء كان إلى ناحية طالب الحق فيه، فجعلوا تركه المطالبة به المدة المقررة - مع تمكنه منها لانتفاء الأعذار - دليلا على أنه غير محق في طلبه، فإذا ادعاه بعد ذلك لاتسمع دعواه قطعا لوسائل التزوير. وهذا ماتدل عليه عبارة المبسوط، ونصها - كما نقلها محمد بن الغرس «المصرى الحنفي المتوفى حوالي ٩٠٠هم في الفواكم البدرية: (رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء، ثم ادعى، لاتسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع المتمكن يدل على عدم الحق ظاهرا. اهم).

وإنك لتجد أن هذه العبارة لم تتعرض صراحة لوضع يد المدعى عليه، ولا إلى اشتراط أن يكون مستمرا طيلة المدة، ولا أن يكون من شخص واحد أو من

⁽۱) من أمثال هذه الدعاوى: دعوى رجل معروف بالفقر منذ نشأ على آخر معروف بالبسار كذلك، أنه مدين له بالف جنيه اقترضها منه دون أن يبين طريقا لوصول هذا المال إليه، فهذه الدعوى وأمثالها لاتسمع؛ لأن الظاهر يكذبها، وهذا المبدأ يقره المالكية كما أقره الحنفية، ففى التبصرة: لاتسمع دعوى الحاضر الأجنى أنه يملك دارا في يد رجل وهو يراه يهدم فيها ويبنى ويعمر ويؤجر مع طول الزمن من غير مانع يسمنعه من الطلب، كتوقع رغبة أو رهبة، وهو مع ذلك لايعارض، ولا يدعى أن له حقا فيها، وليس بينهما شركة، وفي منح الجليل (ج٤ص ١٧٠): لاتسمع دعوى دار في يد حائز لها يتصرف فيها عشر سنين والمدعى حاضر ساكت الخ.

أشخاص متعاقبين في حكم شخص واحد ، بأن يكونوا قد تلقوا الملك بعضهم عن بعض، وإن غاية مايفهم منها: أن الدعوى لاتسمع إذا ما توافر فيها مايأتي:

ا يتركها المدعى ثلاثا وثلاثين سنة، وهذه المدة هى أرجح أقوال ثلاثة:
 فقد جعلها بعضهم ٣٦ سنة وبعضهم ٣٠ سنة.

٢ ـ ألا يمنعه مانع من رفعها إلى القضاء طيلة هذه المدة، وذلك بألا يحول بينه وبين ذلك عذر من الأعذار. ومقتضى ذلك: أن المدة لاتبتدئ إذا كان هناك عذر قائم إلا من بعد زوال هذا العذر.

٣ ـ أن يكون الحق المدعى به محل معارضة وإنكار من المدعى عليه طيلة المدة حتى يحتاج المدعى إلى الخصومة فيه، ويكون تركه للخصومة عندئذ طيلة هذه المدة دليل عدم الحق ظاهرا (١).

أولا : أن كل دعوى مضى عليها خسمس عشرة سنة فتركها المدعى طيلة هذه المدة ولم يرضعها إلى القضاه مع تمكنه من ذلك وزوال العذر الشرعى له فى عسدم إقامتها، لا يجوز للقضاة أن يسسموها. وأساس ذلك المنع كما هو ظاهر: ما لولى الأسر من السلطان فى تخصيص قضاته بالزمان والمكان ونوع الخصوسة. فمنعهم بهذه المادة من أن ينتظروا هذا النوع من الدعاوى، وهو مامضى عليه خمس عشرة سنة مع توافر الشروط المذكورة لما رآه من المصلحة فى ذلك. فهم بالنظر إلى هذه الدعاوى ليسوا بقضاة أو هم معزولون عن سماعها، وقد سبتنا إلى مثل ذلك الأتراك فى المجلة العدلية.

ثانيا: أن المدة المقررة ـ وهى خسمس عشرة سنة بالنسبة إلى غيسر الإرث والوقف،وثلاث وثلاثون سنة بالنسبة إلى غيسر الإرث والوقف،وثلاث وثلاثون سنة بالنسبة إلى غيسا ـ لاتبسندى، إلى من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للمين حيث المحون الحق عينا، أو من وقت ثبوت حق المطالبة به حسينما يكون دينا، أو استحقاقا في وقف أو نحمو ذلك، حتى يكون هناك مقتض لرفع الدعوى والخصوصة في الحق وحتى يعد صاحب الحق تاركا له، إذ لا محل للخصوصة في حق لم يحن وقت المطالبة به، ولا في حق لا يبدو أنه محل إنكار ومعارضة؛ لان من في يده الحق لايقوم عليه قيام المالك له. وعلى ذلك فلا تبتدئ المدة بالنسبة للدين المؤجل إلا من وقت حلول الأجل.

ويشترط لابتداه المدة الا يكون هناك علر يحول بين المدعى وبين مطالبته بالحق حتى يكون متمكنا من رقعها بلا علر يمنعه، فإن وجد فى ذلك الوقت علر يمنعه من ذلك فلا تبتدئ المدة إلا من بعد زوال العلار، وبناه على هذا، لاتبتدئ المدة إذا كمان صاحب الحق فى ذلك الوقت غير أهل للدعوى، بسبب صغر أو جنون أو عنه أو صفه وليس له ولى أو كان غمانا مسافة القصر سفر ثلاثة أيام بلياليها المسفر المعتاد مع الراحة، وقلر ذلك بنحو ١٨٣ك.م عند الحنفية، وكذلك لاتبتدئ إذا كان المدعى عليه ذا شوكة يخاف من مطالبته ومفلما لا يرجى منه شيء إذا ماصدر الحكم عليه، فإن زال العلم فحضر صاحب الحق إن كمان غانه، أو أقيم له ولى أو قيم إن كان غير»

⁽۱) ومرجع القضاء في محاكم مصر الشرعية الآن: هو نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وهو: «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن من رفعها وعدم وجود العذر الشرعى له في عدم إقامتها، إلا في الإرث والوقف، فإنه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاثة وثلاثين سنة. مع التمكن وعدم العذر الشرعى له، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة».
ويدل هذا النص على ماياتي:

= أهل للدعوى أو زالت شوكة المدعى عليه، أو أيسر أو حضر من سفره ابتدأت المدة إثر زواله.

وقد اختلف القضاة في أن هذه الأعذار محصورة فلايعـــد غيرها عذرا، أو غير محـصورة فيكون مرجع تحقيق وجود العذر واعتباره إلى القاضي، وفي رأيي: أنهــا غير محصورة؛ لأن العلة في المنع من سماع الدعوى خشية التزوير، فإذا وجد العذر ــ أي عذر كان ــ زالت هذه الخشية.

ثالثا: استنت المادة من ذلك دعوى الإرث ودعوى الوقف فجعلت المدة المتررة لعدم سماعيا ثلاثا وثلاثين سنة اتباعا لأرجح الآراء الفقهية التى ذكرناها مع ملاحظة المتمكن من رفع الدعوى، وعدم قبول العذر الشرعى في عدم إقامتها طيلة المدة، وعا ينبغي ملاحظته أنه لايشترط في المدعى أن يكون شخصا واحدا طبلة المدة، بل المراد به الشخص الواحد أو الأشخاص المتعاقبون إذا كاتوا في حكم شخص واحد بأن كان كل واحد منهم قد تنقى الحق عن سلفه كالمورث ووارثه والبائع والمشترى وعلى ذلك إذا ترك شخص حقه مدة من الزمن مع توافر تلك الشروط، ثم توفى فتركه وارثه مدة أخرى إذا ضمت إلى مدة مورثه كسملت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك من الوارث، وكذلك المحال بالنبة إلى البائع والمشترى منه، لأن الوارث خلف عن مورثه في الدعوى فكان المدعى في الاعتبار واحدا، وكذلك المشترى بالنسبة إلى البائع والمورب له بالنسبة إلى الواهب، وقد أنخذت بذلك للجلة العدلية في مادتي ١٦٧٠ و ١٦٧١، وجرى القضاء في مصر على ذلك، وهو عندى لا يخلو من نقد، فقد يترك المورث الدعوى خمس عشرة سنة إلا قليلا ثم يتوفي ولم يترك لوارثه من المدة إلا فرصة لاتحكه من معرفة الحق، والبحث عنه والمطالبة به، فتمضى دون أن يتمكن من رفع الدعوى به، ومنعه في هذه الحال لايتفق مع العدالة اللهم إلا إذا عدت هذه الحال من الأعذار المانعة من المتكن، فتسمع دعواه عند ذلك مادام لم يمض مايكمل المدة من زمن تمكن فيه رفع الدعوى ولم يغمل.

وإذا ابتدأت المدة ثم انتهت دون أن يتخللها عذر من الأعذار ترتب عليها أثرها وهو منع المدعى من سماع دعواه. وإن تخللها عذر من الأعذار فذلك هو محل البحث والنظر ولن يتردد النظر عند البحث إلا بين احكام ثلاثة:

الأول: الا يكون لطروء الدنر في أثناء المدة أي أثر، فتحتسب أيامه من المدة سواء انتهت المدة وهو الابزال فائما أم انتهت بعد زواله، وقد يؤيد احتسال هذا الحكم صاجاء في تكملة ابن عابدين نقلا عن فساوى على أفندى. ونصه: وقت كان المدعى أو المدعى عليها غائبا صسافة السفر ثم حضر مرارا في أثناء المدة التي هي خمس عشرة سنة وسكت، ثم أراد أن يدعى بعد ذلك قبلا تسمع دعواه، إذ إنه يدل على أوقات غياب المدعى أو المدعى عليه قد احتسب من المدة، ولم يؤثر هذا الغياب فيها، مع أنه عذر من الأعذار المنصوص عليها، وفي رأيي أن هذه الفتيا مستندة إلى المادة ١٦٦٥ من المجلة العملية. فلا تكون حجة علينا في الموضوع؛ لأنها نتيجة تشريع خاص بمجلة، ولهذا فإني أرى أن المادة ٢٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية الشرعية لاتحتمل ذلك بل لاتحتمله أيضا عبارة المسوط المتى نقلناها؛ ذلك لأن المدعى مع قيام العذر المائم له من إقيامة المدعوى أن البرد للمدعى مائع من الدعوى في المدة، وأن الأعدار قد انتفت، وأن الرك للمدعى طيلة المدة دليل عدم الحق ظاهرا، وعلى هذا فصدة العذر لاتحتسب من المدة بنص المادة وك ٣٥٥ مندة العذر لاتحتسب من المدة بنص المادة معه ثن ليس للمدعى المدة العذر لاتحتسب من المدة بنص المادة المعروكما تدل عليه عبارة المسوط، وإذن فهذا الاحتمال بعيد أو منغى.

الثانى: أن يكون طروه العد فرق أثنائها مبطلا لما مضى منها قبله، ويجب لعدم سماعها سضى مدة جديدة تبديه من وقت زوال العذر، كما فى حال إقراو المدعى عليه بالحق وحال قيام المدعى برقعها أمام القضاء أثناءها وصعنى هذا أن تكون أيام المدة الماتعة من سماع الدعوى متنابعة . فإذا صاترك ذو الشأن دعواه عشر سنين مثلا ثم جن سنة ولم يقم له ولى، ثم أفاق بعد ذلك لم يمنع من سماعها إلا إذا تركها بعد إفاقته خمس عشرة سنة كاملة متنابعة. وإذا ترك ناظر وقف الدعوى بعين من أعيانه عشرين سنة، ثم مات فلم يعين خلافه إلا بعد وفاته بأيام، لم يمنع ناظر الوقف الجديد من سماع دعواه بالعين، إلا إذا مضى بعد إقامته فى النظر ثلاث وثلاثون سنة كاملة متنابعة، وهكفا، وهذه التبجة قد يرى أنها تنقق مع ظاهر عبارة المسوط التي نقلناها، فإنها ظاهرة في نفى وجود أى مانع من سماعها في كل المدة. وذلك يدل على أن المدة يجب أن تكون متنابعة، إذ لو كانت =

أما اتجاه علماء التشريع الوضعى فكان إلى ناحية المدعى عليه، فجعلوا وضع يده المدة المقررة سبيا من أسباب ملكه، ولذا اشترطوا فيـــه أن يستمر طيلة المدة،

= مجموع مدد متباعدة فصلت بينها أعذار شرعية، لكان ترك الدعوى قد طال أكثر من ثلاث وثلاثين سنة وعلى الجملة فعـبارة ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ′تفيد بظاهــرها أنها مدة واحدة، وكذلك يقال في مــوافقة ـ هذا التفسير للمادة ٣٧٥. وفي رأبي أن هذا محل للنقد، ونقده يرجع إلى أنه لايحقق غـرض الشارع في كل الأحوال والظروف، إذ يلزم مـن ذلك أنه يجب أن يستمـر ناظر الوقف الذي يمنع من الدعوى ناظرا عـليه طيلة المدة، لأنه لايتأتي أن يعين خــلافه مباشرة بعــد موته أو عزله أو خروجه عن الأهــلية، بل لابد من مرور وقت خلو فتستقطع المدة، وكذلك الحمال إذا كان الحق لصغير أو محجور علميه وله ولى أو قبم، وممثل هذا قل أن يتحقق، فلا يكاد يمنع ناظر من الادعـاء في حين أن ترك الدعوى مع هذا الخلو الذي يكون بين خروج ناظر أو ولى من الولاية وتعيين خلافه، ومع ماقد يكون من غيبة المدعى في أثناء المدة أياما امسافة القصرا يتحقّق معه أن الظاهر يكذب الدعوى في هذه الحال، وأي الناس يلتزم الإقامة خمس عـشرة سنة ولا يضطر أن يسافر فيها مسافة القصر، سواء أكان وليا أم غير ولي؟ إن هذا الاشتراط يضيق مجال تطبيق هذا الحكم إن لم يمنع تطبيقه نهائيـًا. ثم إذا لاحظت مع ذلك أن شرط التتابع ليس بضـرورى في إفادة أن الدعوى في مثل هذا الحـال يكذبها الظاهر اطمأننت إلى أنه ينبغي ألا يشترط التتسابع، وعبارة كل من الجسوط والمادة ٣٧٥ لا نأبي ذلك، فإن الذي يترك الدعوى عشرين سنة ثم يغيب مسافة القصر ستين، ثم يعبود فيتركها ثلاث عشرة سنة فسيقال فيه إنه ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة، وليس له مانع من الدعوى، والذي يتركها عــشر سنوات ثم يغيب مدة ثم يتركها بعد ذلك خمس سنوات، يقمال: إنه ترك الدعوى خمس عمشرة سنة بلا عذر، وكمذلك الحال في ناظر وقف ترك الدعوى عشرين سنة ثم توفي. فعين بدله بعد أيام ناظر آخر ترك الدعوى ثلاث عشرة سنة.

الثالث: أن يكون طروه العنفر في أثناه المدة واقفا لها فقط فلا تحتسب مدته ولاتلغى المدة السابقة، ولكن تكمل بما يجيء من الزمن بعد زوال العنفر على مابينا آنفا. فإذا ترك إنسان الدعوى تسع سنوات ثم غاب بعد ذلك سنتين، ثم عناد فتركينا بعد حضوره ست سنوات لم تسمع دعواه بعد ذلك، لأنه ترك الدعوى خمس عشرة سنة على دفعتين مع تمكنه من إقامتها وعندم عذره في ذلك، ولكن إذا مضى على حضوره خمس سنوات فقط، ثم رفع الدعوى سمعت؛ لأنه لم يتركها إلا أربع عشرة سنة، وذلك لعدم احتساب ستى الغياب لقيام العذر فيسهما، وهذا منا أنحذ به التشريع الوضعى حين اعتبر المدة سببا للملكية، وعبارة المادة ٢٧٥ لاتتعارض معه، بل هي محتملة له كما احتملت التفسير الأخر. وكذلك عبارة صاحب المسوط.

وليس أدل على ذلك من أنك لو ضعت قيد التتابع في كل من العبارتين لم تجده واندا، بل مفيدا معنى لم يستقد من غيره، وفي رأيي أن هذا هو مايجب أن تفسر به المدة الكي يتحقق به غرض الشارع من منع الدعاوى الباطلة، فإ من ترك الدعوى عشر سنوات ثم غاب سنة ثم حنفير سنة فتركها بعد ذلك خمس سنوات يكذبه المظاهر في دعواه، وإذن فلا تسمع، ويضير ذلك أن تطول مدة الترك إذا ماشملت مددًا خالية من الأعذار يبلغ مجموعها 10 سنة في غير الوقف والإرث، أو تلاثا وثلاثين سنة في الإرث والوقف.

قد يرى الناظر أن المدعى إذا ترك الدعنوى عشر سنين، ثم غاب سنتين، ثم حضر فتركها بعد حضوره كذلك ثلاث سنوات، ثم ادعاها بعد الخلك أن الطاهر يكذبه فى هذه الحال أيضا، فكيف تسمع وعنواه؟ قد يكون هذا، وإذا كنان فلا منانع يمنع القاضى من أن يحكم بعدم سماع دعنواه بناء على أن الظاهر يكذبه الاتطبيقا للمادة ٢٧٠، الإنها لم تشرع لمنع سماع كل دعوى يكذبها الظاهر وعلى هذا فعندى أن المدة التى يمنع مضيها من سماع الدعوى لايجب فيها تتابع لما بينا.

الرابع : إنكار المدعى عليه للحق طيلة المدة؛ لأن إقراره به لايجعل المدعى في حاجمة إلى مخاصمة فيه. ويكفى إقراره حجمة عليه عند الخاجة إلى المخاصمة، ولا يتأتى عند ذلك وجود شهة في حق المدعى حتى يمنع من = وأن يكون من شخص واحد، أو من أشخاص متعاقبين في حكم شخص واحد، إلى آخر ما ذكروه.

المثالث ـ أنه سبب فعلى، ولذا يعتبر من كل من يستطيعه ولو غير أهل للالتزام بالقول كالمجنون والصبى (١) والسفيه. فمن استولى من هؤلاء على مال مباح أصبح باستيلائه عليه ملكا له، وإن لم يستطع أن يتملك مثله بشرائه من مالكه بغير واسطة.

والمال المباح: إما أن يكون منقولا أو عقارا. فإن كان منقولا كانت حيازته بوضع اليد عليه وضعا حقيقيا، حتى يتحقق بذلك الاستيلاء، ويكون في الصيد بصيده، وفي الفلزات وما أشبهها باستخراجها من معادنها، وفي غير ذلك بتناوله أو بوضع اليد عليه وضعا يناسب حاله. وإن كان عقارا كانت بما يحاز به العقار عادة من زراعته، أو إعداده للزراعة، كما سنبين ذلك في الأرض الموات وإحيائها.

ا ـ حيازة الأموال المباحة: نريد بالأموال المباحة هنا جميع ماخلقه الله سبحانه وتعالى فى الأرض لينتفع به الناس أجمعون مما لم يحرزه أحد، كالأشجار التى تنبت فى الجبال أو الصحراء أو الغابات وليست عملوكة لأحد، وكذا مايكون فيها من الأثمار، وكالماء والكلأ «الحشائش التى تنبت من نفسها بلا إنبات أحده.

⁼ دعواه. وعما ينبغسى ملاحظته هنا: أن المادة لم تشترط صراحة فى المدعى عليه أن يكون واضعا يده مدة معلومة معدودة إذا كان المدعى به عينا، بل كل مايؤخذ منها أن يدعى الحق قبله، وأن ينكره، وأنه يستطيع أن يدفع الدعوى عند ذلك إذا صا استطاع بأن المدعى قد تركبا المدة المقررة. فإذا ما أثبت ذلك ظفر بعدم سماع للدعوى ضده. غير أنه قد يقال: إن اشتراط إنكار المدعى عليه طول المدة يتنضى أن يكون إنكاره إنكارا معتبرا للايكون فيها. ولايكون الإنكار معتبرا إلا إذا كان من ذى شأن، وهو لايكون ذا شأن إلا إذا كان مطالبا بالحق طيلة المدة أو واضعا يده على العين المدة كلها إذا كانت الدعوى بعين.

خاما: ألا يطرأ فى المدة مايقطعيا من إقرار أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام الفضاء، وإن لم يفصل فى طلبه، وعليه: إذا أقر المدعى عليه بالحق فى أثناء المدة فلا يمنع سماع الدعوى به إلا إذا مضى خمس عشرة سنة بملا مخاصمة بعد الإقرار بالنسبة لغبر الإرث والوقف، وكذلك إذا أقر بعد مضى المدة، سواء أكان إقراره فى مجلس النشاء وقت الخصومة أم فى غيره قبلها أو بعدها.

وكذلك الحكم إذا مارفع المدعى دعواه بالحق أمام القضاء، غير أن ادعاء الإقرار لايتبل إلا طبقا للمادة ١٢٩ من اللائحة . ونصبا:

^{*} لانقبل دعوى بالإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعده الشهادة به، إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة ندل على صحته.

⁽١) واجع الأشباء (ج٢ ص٣٤٥) فجارتها تدل على أن الصبى يتملكُ بالاستيلاء على المال المباح، وإن كان غبر ممبز، ونه يتملك بالتمليك إذا كان مميزا (حموى). ومن المعلوم أن المجنون في الحكم كالصبى الذي لايميز.

وكذا الطيور فى الهواء، والأسماك فى الماء، والظباء فى الصحراء، والمعادن فى باطن الأرض، وكذلك الأرض إذا كانت مواتا، وما أشبه ذلك، فكل هذه أموال مباحة تملك بإحرازها، لأنها قبل إحرازها، شركة بين جميع الناس، فنإذا سبقت إليها يد إنسان فأحرزها تملكها، ولم يملكها غيره من بعده إلا عن طريقه.

ولايتحقق الإحراز ولايكسب ملكية إلا مع القصد إليه(١)، فمن وضع طستا

(١) تملك الأموال المباحة بإحرازها، وإن شئت قلت: بالاستيلاء عليها، والاستيلاء عليها عند الحنفية نوعان:
 حقيق وحكم .

فالحقيقى يكون بوضع اليد عليها فعلا أو بالقوة كالأشجار تقطعها والأثمار تجنيها، والماء تملأ به إناءك، والصيد تمسكه بيدك، فتملك كل ذلك لأنك قد أحرزته واستوليت عليه بوضع يدك عليه فعلا، وكذلك إذا قصدت إلى الشجرة المباحة أو إلى الغزال وقد وقع حنيرة، الشجرة المباحة أو إلى الغزال وقد وقع حنيرة، وكنت قريبا من كل هؤلاء بحيث لو مددت يدك إليه لتناولته وأخذته فإنك تتملك كل ذلك، لأنك قد أحرزته واستوليت عليه بوضع يدك عليه بالقوة.

والحكمى يكون باستحمال الآلات وتبيئة المال لأن توضع اليـد عليه فعلا أو بالقـوة، كتجـمع ماه المطر في طست موضوع على الأرض أو في حفيرة حفرت، وكتعلق الصـيد بالشبكة، ورميه بمقذوف يخرجه عن امتناعه ه تأمده.

وترتب الملكية على الاستيلاء الحقيتى لايحتاج إلى قسد ولايشترط فى تمامه نية النملك، ولذا يعتبر من كل من بفعله ولو كسان غير أهل للالتزام بالقسول، والبنى على ذلك أن المجنون والصغير الذى لا يعسيز إذا تناول كل منهما مالا مباحا تملكه، وأن المميز إذا تناوله بقصد النظر إليه لا بقصد التملك تملكه بذلك أيضا، لأن القصد إلى الإحراز فى هذا النوع ليس شسرطا، ومرجع ذلك إلى أن هذا النوع من الاسستيلاء ليس شسينًا غيسر الإحراز فى المواقع، فهو هو، إذن يكون فعله والإقدام عليه دليل القصد إليه، فلا معنى بعد هذا لاشتراطه، وإلى هذا ذهب الأنمة الثلاثة أيضا، ومما تفرع عن ذلك:

ا _ إذا حفر شخص بئرا في أرضه فوقع فيها صيد ثم جاء آخر فأخذه، فإن كان صاحب البشر قريبا منه بحيث لو مد يده إليه لقدر على اخذه فهو لصاحب البثر «هندية نقلا عن المحيط» وسبب ذلك استيلاه صاحب البئر عليه استيلاه حقيقيا، أما إذا كان بعسدا عنه فلا يملكه لعدم تحقق الاستيلاء عليه بسبب انعدام القصد إلى احداده.

٢ ـ لو أن صيدا باض فى أرض رجل أو تكنس فيها وجاه آخر فأخذه فهو له، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدا عن الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مده يده إليه، أما إذا كان قريبا بحيث لو مد يده لاخذه فهر لصاحب الأرض همندية نقلا عن الظهيرية، وسبب الحكم الأول: عدم وجود استيلاء من صاحب الأرض. وسبب الحكم الثانى: استيلاء صاحب الأرض على الصيد استيلاء حقيقيا.

٣ - بيد رجل خيط قد شدت به سمكة مغمورة في الماء وهي ملك له، فإذا ابتلعتها سمكة أخرى، أو ابتلعت هي سمكة أخرى فالسمكة أخرى المنتبعة هي سمكة أخرى فالسمكة أخرى فالسمكة أخرى فالسمكة أخرى فالسمكة التي يالخيط فيإن السمكة البالعة تكون ملكا لذلك الشخص لاستبلائه عليها استبلاء حقيقيا ولاتكون ملكا لصاحب السمكة المبلوعة، ولو كمانت السمكة الأولى هي البالعة كانت السمكة الأولى . اهندية الأولى . اهندية الأسمكة الأولى . المندية .

وقد يرى بعض الناظرين أن المسألة الآتية تنقض ما قسررناه، وهي: لو أن إنساناً نثر مقدارا من الدراهم فوقع شيء منها في كم رجل أو على ثويه، فاخذه منه غيره، كان للآخذ «منتقى»، وفصل في ذلك علماء سمرقند، فقالوا: إن كان قد بسط ثوبه أو كمه لتلقى الدراهم لايكون لأحد أخذ مايقع في أحدهما، وإذا أخذه آخذ استرد منه واخذ منهما وإذا أخذه منهما عنه وأعطى لصاحب الشوب أو الكم، وإذا م يسطهما لذلك كان ما أخذ الآخذ له ولايسترد منه «هندية ص-١٢٥ فإن رسوع الدراهم في الكم أو الشوب يعد من الاستبيلاء الحقيبقي، ومع ذلك يكون مايقع فيهمما لأخذه منهما =

فوق سطح بقصد حفظه لايكون محرزا لما يتجمع فيه من ماء المطر، ولايملك هذا

= عند عدم القصد، وهذا دليل على اشتراط القصد مع الاستيلاء الحقيقي، وردى على ذلك: أن هذه المسألة ليست من قبيل تملك المال المساح، بل هي نوع من الهبة، ولايتم الملك فيها إلا بالقبض الذي يقوم مقام القبول، ولتياصه مقام القبول وجب أن يصاحبه قصد، ولذا لم يكن وقوع الدراهم في كم شخص لم يسطه لذلك من باب القبول للهبة لعدم المقصد، فلم يتملك لذلك، وملكها آخذها بالاخذ، لانه قام مقام القبول لتحقق القصد باب القبول الكمال بن الهمام: إذا ضم كمه أو ثوبه على ماوتع فيه اتفاقا، أو أتى أي عمل يقصد به الحيازة، تملك بذلك، لوجود ما يعد قبولا «راجم البيم، ص ١٩١ وما بعدها».

أما الاستيلاء الحكمي فلا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز. فإن لم يقصد به الإحراز لم تترنب عليه ملكية. وبناء على ذلك إذا وضع إتسان طستا على سطح داره بقصد حفظه فتجمع فيه ماه المطر لم يملكه بذلك؛ لأنه لم يقصد بوضع الطست الإحراز كما في (الخيرية)، ولو دخل ظبي دار إنسان لم يملكه صاحبها بمجرد دخوله، إذ لم يقصد من بنائها إحراز الصيد بها، وهذا ماذهب إليــــ الشافعي وأحمد، ففي النهاية والكشاف والمغنى: إن من توحل في أرضه صيد لم يملكه بذلك، ومن دخل في أرضه سمك بسبب انسياب ماء النهر فيها لم يملكه بدخوله في الأرض واستقراره فيها، ومن حفر حفيرة جمع فيها الماه ووقع فيها صيد لم يملكه بوقوعه فيها. وفي مسنح الجليل "ج١ ص٥٨٦ه مايفيد أن كل ذلك يكون ملَّكا لصاحب الأرض على رأى لبعض المالكيــة، وهو رأى لبعض الحنابلة، ذكره ابن رجب في قــواعده (ص١٩٠) وقال : إنه أشهــر الروايتين. وقد قدمنا أن الاستيلاء الحكمي يكون باستعمال الآلات، والآلات إما أن تكون آلات صيد وإما أن تكون لغيره، فإن كانت آلات صيد كان اتتناؤها واتخاذها إنما هو لأجل الصيد بها، ولذا لم يشترط الحنفية في ترتب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما يشترطون ألا يقصد باستعمالها شيء آخر خلاف الإحراز. والسبب في ذلك _ على ماظهر لي _ أن هذه الآلات لم قلك إلا لقيصد استعمالها في إحراز الصيد، واقتناؤها إنما كان ليذا الغرض وتلك نية أو قصد مستمر. لايغيره إلا نية شيء آخر خيلاف الإحراز، ومن ثم قالوا: إذا وضم الصائد الشبكة بقصد تجفيفها نتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه، لقصده شيئا آخر خلاف الإحراز، ولابملكه إلا إذا حضر إليها فأمسك الصيد، أو كان منه بحيث لو مديده لاخله، لوجود الاستيلاء الحقيقي حيننذ، ولكن إذا وضعها بقصد الإحراز أو بلا قبصد، نثملق بها الصييد ملكه من وقت تعلقه، وإن كان ملكا غير تام لاحتمال الزوال بانتقاض الاستيلاء بقرار الصيد كما سيأتي.

وإن استعملت آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بواسطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد. ولهذا جاء في المسوط «ج١١ ص٢٥١»: ولو تكسر صيد في أرض إنسان فصار بحيث لايستطيع براحا، أو رمى صيد فوقع في أرض رجل ولايدرى من رماه، فيأخذه رجل آخر، فهو للذي أخذه! لأن الإحراز من الأخذ ولم يوجد من جهة صاحب الأرض إحراز، وإن عجز الصيد عن البطيران بما أصابه؛ لأن الماحراز.

وفى الفتارى الخانية: حفر رجل حفيرة فى أرضه، فوقع فيها صيد، فجاء رجل فأخذه فإن الصيد يكون له، وذلك لعدم وجود نية الإحراز من الحافر، وإن كنان صاحب الأرض قد اتخذ تلك الحنفيرة لأجل الصيند فهو أحق به، وذلك لوجود الاستيلاء مم القصد إلى الإحراز هـ٥ م ١٨٥٥.

وإذا دخل الصيد دار إنسان فأغلق بابها عليه وصار بحيث يقدر على أخذه منها من غير صيد، فإن كان قد أغلق الباب لأجل إحراز الصيد ملكه، وإن كان قد أغلقه لأمر آخر لم يملكه، حتى لو أخذه آخر كان لصاحب الدار في الوجه الأول لوجود الاستيلاء منه مع قصد الإحراز، وكان لأخذه في الوجه الثاني لعدم قصد صاحب الدار إلى إحرازه ولاستيلاء الأخذ عليه استيلاء حقيقيا. هندية:

وإذا اتخذ النحل مكانا في أرض رجل فعسل فيه لم يملكه صاحب الأرض لعدم استيلائه عليه، وملك عسله لاستيلائه عليه استيلاه حكميا، ووجه ذلك أن عادة أصحاب الأراضي والزراع قد جرت باتخاذ كوارات النحل في أرضهم لطلب عسله، وشاع ذلك بينهم حتى صار العسل كأنه من ثمار الأرض وثمراتها ولأجله تطلب =

الماء بسبب ذلك، لأنه لايعد إحرازا، لانعدام القصد إليه، غير أن لبعض هذه الأموال في تملكها بالإحراز أحكاما تختلف فيها عن بعضها الآخر، ولذا رأينا أن نعرض لذلك فيما يأتي:

الكلا والآجام: الكلا يختلف في الحكم عن الآجام الجسم آجم، وآجم جمع أجمة وهي الشجر الملتفا فإن الآجام إذا نبت من نفسها في أرض مملوكة كانت ملكا لصاحب الأرض، والكلا إذا نبت في أرض مملوكة لم يكن ملكا لصاحب الأرض، وكان حقه فيه كحق سائر الناس، لايملكه إلا بإحرازه، وقد اختلف في قيامه على سقيه أيعد إحرازا يملكه به أو لا؟ وظاهر الرواية أنه لايعد إحرازا. والفرق بين الكلا والآجام أن الأرض لاتطلب لتستشمر بالكلا عادة، ولكنها تطلب لتستثمر بما ينبت فيها من آجام، فكانت ثمرة مقصودة من امتلاكها عادة، فيكون إحرازها إحرازا لآجامها، بخلاف الكلا، ولذا قال عليه السلام: والناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلا والنارا، وبناء على ذلك لا يجوز لمالك الأرض إذا ما وجد فيها الكلا أن يمنع الناس عن قطعه، وله أن يمنعهم عن دخول أرضه لأنها ملكه، إذا كانوا يجدون الكلا في غيرها، فإن لم يجدوه في غيرها، أن يقطعه لهم ويسلمهم إياه. وإلى هذا ذهب بعض المالكية. وذهب بعضهم إلى أن يقطعه لهم ويسلمهم إياه. وإلى هذا ذهب بعض المالكية. وذهب بعضهم إلى أنه إذا نبت في أرض عملوكة كان ملكا لصاحبها، وجاز له بيعه ومنع الناس منه؛ لأنه يعد تابعا للأرض وملكا لصاحبها تبعا لها. فهو محرز بإحرازها.

كما تطلب للزراعة، فأصبحت كأنها آلة لاخذ العمل، فإذا استقر فيها العمل ملكه صاحبها لتحقق الاستيلاء الحكمى، ووجود النية حكما، وهو اتخاذ الارض عادة لجنى عمل النحل الذى يحل فيها «هندية نقلا عن الخانية» وكذبك من نصب فسطاطا فتعلق به صيد، فإن قصد به الاصطياد ملكه لوجود الاستيلاء الحكمى، وإن لم يملكه لعدم وجود نية الإحراز «هندية ج٥ ص١٤٧ عن الظهيرية» والفروع فى ذلك كثيرة جدا.

وذهب الشافعية إلى أن الاستيلاء على الصيد إن كان بما يستعمل في العادة وبتخذ للاستيلاء عليه ترتب عليه الملك. وإن لم يكن من المستولى قصد التملك. أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لايتخذ لذلك عادة لم يترتب عليه الملك على أصح القولين إلا إذا قصد به التملك. فإن لم يقصد به التملك لم يملكه وإن صار أحق به من غيره. وعلى هذا لو وقع صيد في أرض مملوكة لإنسان وصار مقدورا عليه فيها بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه في الأصح، إذلا يقصد بالأرض الاصطياد، ولو وقع في شبكة أعدت للصيد ملكه بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلى الاصطياد، وإلى هذا ذهب كثير من الحنابلة أيضاً. راجع كشاف القناع وج عُ ص١٣٠٨ وبلني والمنتبي وج١١ ص١٣٠ والشرح الكبير وج١١ ص٣٠٠ وتواعد ابن رجب ١٩٠ في باب والمنتبين ومن هذا ينبين مني يشترط النصد من الإحراز في تملك المباح بالاستيلاء عليه ومتى لا بشترط.

Y ـ الصيد (1): الصيد يطلق على اقتناص الحيوان وأخذه بحيلة وحذق ودقمة نظر، وكذلك يطلق على كل حيوان يسمتنع على الإنسان، إما بالفراد في الغابات والفلوات، كالأسد والغزال والأرنب والوحش، وغير ذلك من كل حيوان معتصم بالغابات والأحراش، أو متأبد ومتوحش بالصحراء، وإما بالطيران في المهواء، كأنواع الطيور المختلفة، وإما بالسباحة والغوص في الماء كالأسماك في المبحار.

وهذه الأنواع من الحيوان تعد من الأموال المباحة ما لم تسبق إليها يد، فلكل إنسان أن يتملكها باستيلائه عليها، فإذا حازها ملكها، ولم تدخل بعد ذلك في ملك غيره، إلا بسبب ناقل للملكية سواء بقيت في يده، أم انطلقت إلى حيث كانت (٢).

حكم الصيد: وقد أحل الله لعباده الصيد إلا في حالين:

⁽۱) الصيد مصدر صاد، يقال صاد الرجل الطير وغيره يصيده صيدا: اقتنصه وأخذه بحيلة، فالطير صيد، والرجل صائد وصياد، وكذلك يقال: صاد يصاد كعاف الشيء يعافه، ويطلق الصيد على مايصاد ويجمع حيننذ على صيود، ويسقال: اصطاد بمعنى صاد والمصيدة «ككريمة» والمصيدة «بكسر فسكون نفتح» والمصيد «بكسر فسكون مع حذف الهاء» آلة الصيد، ، جمعها مصايد.

⁽٢) إذا انطلقت إلى حيث كانت فذلك على وضعين:

ا _ أن تنغلت من يده بدون اختياره فستفر إلى حيث كانت في الغابة أو الصحراء أو في الجو أو أعماق الماه وعند ذلك تستمر ملكيته لها عسند أبي حنينة والشافعي وأحمد، فإذا صادها إنسان وهي على هذه الحال لم يملكها، شأنها في ذلك شأن العبد إذا أبق أو البعير إذا شرد، فلا يزول ملك مالكه عنه بذلك. وعلى هذا إذا تبين لمن استولى عليها من علامة فيها، كطوق أو صبغ _ أنها مملوكة لغيره وجب عليه حيننذ أن يردها إلى مالكها إن عرفه. فإن لم يعرفه كان حكمها حكم اللقطة، وقد أشرنا إليه فيما مضى. راجع البدائع والخانية والبزازية والكشاف "ج ع ص١٣٤ والمشاف "ج ع ص١٣٤ والنهاية "ج ١ص٩٧٥) والنهاية "ج ١ص٩٧٥) وذهب مالك إلى أنها إذا فرت بدون الخيسار مالكها زال ملكه عنها إن لم تكن قد استأنست عنده في أذا صادها شخص أخر في هذه الحال ملكها ألموسد. فإن كيانت قد استأنست عنده ثم انفلت لم يزل ملكه عنها مادامت لم تسوحش، فإذا صادها شخص بالصيد دون مايكون عليه من حلى وقلائد، فإنه يكون لمالكه الأول في جميع الأحوال السابقة، واجع "منح بالصيد دون مايكون عليه من حلى وقلائد، فإنه يكون لمالكه الأول في جميع الأحوال السابقة، واجع "منح ملكيته، وكان لمن صاده بعد ذلك، ولم يغرق ابن المواز في ذلك بين صيد قد صيد وصيد قد اشترى ا.ه.

٢ ـ أن يطلقها مالكها اختيارا تاركا لها، كما إذا صاد سمكة ثم رماًها في الما، أو طيرا ثم أطلقه، وفي هذا خلاف بين علماء الحنفية، فذهب بعضهم إلى أن ملك مالكها يزول بذلك، فإذا صادها إنسان بعد إطلافها ملكها بالصيد؛ لأنها بالتبوك أصبحت مباحة لكل إنسان، وذهب آخرون إلى أنه لايزول، وأن الحكم في هذه الحال كاخكم في الخشباء قبح من الحال كاخكم في الخشباء قبح ثن أخذها يجوز له الانتفاع عند ذلك كما في الحموى على الأشباء قبح من صداحة ومحل = الحالك أن يستردها منه. وفي البيزازية أن هذا القول هو المختار. وهو المنفق مع قواعد الحنفية، ومحل =

الأولى أن يكون الصائد مُحْرِمًا.

الثانية - أن يكون الصيد في الحرم، وهو دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة على أبعاد تتجاوز مكة إلى مسافات مختلفة إذا دخلها الحيوان كان آمنا، قال تعالى (٥:١) ﴿ أُحلَّتُ لَكُم بَهِيمة الأَنْعَام إلا ما يُتلى عَلَيكُم غير مُحلى الصيَّد وانتُم حُرُم﴾. ثم قال (٢:٥) ﴿ وإذا حَللتُم فاصطادُوا﴾ وفال (٩:٥) ﴿ وإذا حَللتُم وللسَّيارَة وقال (٩٦) ﴿ وَأَحِلُ لَكُم صَيْدُ البَحْر وَطَعَامه مَتَاعًا لَكُم وللسَّيارَة وحُرُما ﴾ وحُرُما ﴾ (١).

أثره: والصيد كما يكون سببًا لامتلاك المصيد، كذلك يكون طريقا إلى حل أكله، فمن ناحية أنه استيلاء على مال مباح يكون مفيدا للملك، ومن ناحية أن الشارع اعتبره ذكاة للحيوان وألحقه بالذبح، إقرارًا لما استقر عليه عرف الناس وجرت به عادتهم، يفيد حل أكل السيد، غير أنه يشترط في إفادته ذلك الحل شروطًا كشيرة ليس يعنينا أن نذكرها هنا، لأننا بصدد أن نبينه باعتباره سببا منشئا

هذا الخلاف إذا لم يبين مالكها عند تركها أنه قد تركها لتؤخذ أو ليملكها من شاه. فإن بين ذلك بلفظه لم
 يزل ملكه عنها بمجرد تركها ولكنها تبقى على ملكه فيستردها بمن يأخذها الراجع الحموى على الاشباء.

وذهب بعض العلماء إلى أن ملكه يبقى إلى أن يتناولها إنسان فتصير ملكا له، لا بالاستيلاء حيننذ ولكن بتمليك تركسها ـ من شاء فليسانحذها ـ وكان ذلك لقوم مسمينين، فهى لمن أخدها منهم، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين بأن قاله لا لقوم مسمينين، أو لم يقل شيئًا عند الترك لم تزل بعد تركها على ملك صاحبها وله اخذها إن وجدها. كما شرحنا ذلك عند كلامنا على الإباحة فاوجم إليه.

رذهب الشافعى واحمد إلى أن ترك المالك لما يملك لا يخرجه عن ملكه، ففى نهاية المحتاج فى الموضع السابق: صتى ملك الإنسان الصيد، لم يزل ملكه عنه بإرساله إياه على أصح القولين؛ لان رفع اليد لايتتضى زوال الملك، كما لو سبب دابته، ولذا يتبعه المالك أنى وجده، وعلى آخذه أن يرده إليه إن عرفه، ومثل هذا فى الحكم ما إذا أباح المالك ملكه لفيره وتركه له فلا يخرج عن ملكه، وإذا أخفه المباح له لم يتملكه بالانحذ، ولذا لاينفذ فيه تصرفه بالمبع ونحوه، ولكن يحل له أكله دون أن يضمن قيمته. وقيل إذا أرسل المالك مايملك زال ملكه عنه، لأنه في المعنى كإعتاق العبد. وفي الكشاف والمنتهى في الموضع المابق، من أرسل صيدا أو بعيرا أو شاة لم يزل ملكه عنه بإرساله، سواه أذكر عند إرساله مايضيد أنه تركه أم لم يذكر، وهذا بخلاف كرة أعرض عنها إذ يملكها أحذها لأنها مما لاتتبعه همة أوساط الناس عادة. وروى أن ملكه يزول بتركه لما يملك ونبذه مطلقا، فيملكة أخذه بأخذه راجع الفروع (ج٢ ص ٨٤٩) وقد ذكرنا ذلك.

⁽۱) إذا صاد محرم صيدا في الحرم أو في الحيل لم يتملكه، وكذلك إذا صاده في الحرم حلال لم يملكه ووجب على كل منهما إرساله، سواه كان في يده أو في قفصه أو في بيته كما في ارد المحتار ج٢ ص٣٦ نقلا عن اللباب، ووجه ذلك فيما يظهر لى أن الصيد في هذه الأحوال ليس مباحا لمن صاده بمقتضى الآية وغيرها من الاحادبث فلا يملك بالاستيلاء عليه، وكذلك حرمت السنة اصطياد صيد الحرم، فكان غير مباح لمن أراده. وهذا رأى الشافعي أيضا. راجم النهابة في الصيد.

للملكية، سواء أفاد حل أكل الصيد أم لـم يفد، فإذا رأيت أرنبا، فأرسلت عليه كلبك المعلم، فجاءك به جريحا قد مات من جرحه فقد ملكته وحل لك أكله، ملكته باستيلاء كلبك عليه، وحل لك أكله بجرحه جرحا قام مقام ذبحه، وإذا أرسلت عليه كلبك غير المعلم فجاء به إليك كذلك ملكته بالاستيلاء وجاز لك أن تنتفع بجلده وشعره، ولم يحل لـك أكله، إذ من شروط حل الأكل أن يكون الكلب قد تعلم الصيد. وأن تسمى الله حين ترسله.

شروط إفادته الملك: وللصيد وسائل شتى، فقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بغير وقد يكون بغير ذلك من الوسائل ويكون في البر وفي البحر.

وإنما يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على الصيد، ، سواء أكان استيلاء حقيقيا أم استيلاء حكميا.

فالحقيقى: يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو في المصيدة، بحيث لو مدت إليه اليد لأمسكته، وبه يتملك الصيد، حتى إذا انفلت الصيد بعد ذلك لم يزل ملك الصائد عنه، ولم يتملكه غيره بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختيارا ففر، ثم صاده آخر على القول المختار كما بينا.

والاستيلاء الحكمى: يتم بواسطة آلات الصيد وحدها. بشرط أن يصير به الصيد غير ممستنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية، ويكون ذلك إذا ما أمكن أخده والقبض عليه بدون معاناة. أو استعمال وسائل أخرى من وسائل الصيد، وإن شسئت قلت: إن الاستيلاء الحكمى يكون بتهيئة الصيد؛ لأن يستولى عليه استيلاء حقيقيا.

وبهذا النوع من الاستيلاء يتملك الصائد الصيد بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه، وبعبارة أخرى: قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا، فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء، بشرط ألا ينتقض قبل استقراره، ويستقر إذا جاء صاحبها فأمسكه أو اقترب منها، بحيث لو مد يده إلى الصيد لأخذه حتى إذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ففر لم ينتقض، وإذا صاده شخص آخر لم يملكه

كذلك، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد لإمساكه، فإنه لايصير مملوكا بما كان من الاستيلاء عليه، ولذا لو صاده إنسان آخر بعد ذلك، فإنه يملكه بصيده، وليس للأول أخذه.

الثانى . ألا تكون آلة الصيد حين تعلق الحيوان بها قد وضعت لغرض آخر غير الصيد، ويتحقق هذا الشرط بأن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قيصد، فإذا تعلق بها حيوان في الحيال ملكه الصيائد بذلك، مع مراعاة الشرط الأول؛ لأنه يعتبر مستوليا عليه بواسطة هذه الآلة، حتى لو وضعها كذلك، ثم توفى بعد وضعها فتعلق بها الصيد بعد وفاته كان من تركته.

أما إذا وضعها لغرض آخر كالشبكة يضعها بقصد تجفيفها، فتعلق بها الصيد لم يملكه صاحبها منذ تعلق بها، وإنما يملكه صاحبها إذا حضر إليه فأمسكه، أو حضر إليه فكان قادرا على إمساكه بيده؛ لأن استيلاءه عليه لايتحقق إلا بأحد هذين الأمرين، فلو أن رجلا جاء في هذه الحال قبل حضور صاحب الشبكة فأخذ الصيد منها، فإنه يملكه بذلك لاستيلائه على مال مباح لما يصر عملوكا.

وإذا كانت الآلة ليست للصيد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد. وتوافر الشرط الأول، فإن لم يقصد بها الاصطياد لم يملكه بتعلقه بها، وإنما يملكه إذا حضر إليها فأمسكه، أو ذهب إليه حتى اقترب منها بحيث لو مد يده إلى الصيد لقدر على أخذه؛ لأنه يعد بذلك مستوليا على الصيد، فيملكه بذلك الاستيلاء لا بتعلقه بالآلة. فالفرق بين آلة الصيد وغيرها: أنه يشترط نية الصيد في آلة ليست للصيد، ويشترط ألا ينوى غرضا آخر غير الصيد في آلة الصيد في آلة الصيد أنه يشترط ألا ينوى غرضا أخر غير الصيد في آلة الصيد أنه يشترط ألا ينوى غرضا أخر غير الصيد في آلة الصيد أنه يشترط ألا ينوى غرضا أخر غير الصيد في آلة الصيد أنه يشترط ألا ينوى غرضا أخر

مسائل تفريعية؛ وينبني على ذلك مايأتي:

(أ) اعتاد بعض الناس أن ينشئ أبراجا ليأوى إليها الحمام. فما كان منه مباحا لم يسبق أن تملكه أحد بالاستيلاء عليه؛ يتملكه صاحب البرج إذا آوى إليه متى كان بحيث يستطيع إغلاقه عليه. لأنه بذلك يستولى عليه لاستقراره في مكان أعد لصيده، وما يأوى إليه من حمام الناس لايملكه بأية حال، كما لايملك مايلده من

⁽١) راجع «الهندية ج٥ ص١٤٧، ١١٤٨.

فراخ، ومايبيضه من بيض، أما فسراخ المباح منه وبيضه فتكون ملكا لصاحب البرج في جميع الأحوال؛ لأن استقرارها في البرج المعد لذلك يعد استيلاء عليها، وبذلك تملك.

(ب) إذا وضع إنسان كوارات للنحل في أرضه أو في داره فاحتلها النحل، فإنه يصير ملكا لصاحب الكوارات، لاستقراره في مكان أعد لصيده، وكذلك مايخزنه النحل فيها من عسل؛ لاستيلائه عليه بواسطة الكوارات، فإذا ماهاجه إنسان فانتقل بذلك إلى كوارات شخص آخر، لم يزل بذلك ملك الأول عنه، وكان له أخذه ورده إلى كواراته، ولكن إذا اتخذ النحل في أرض شخص مكانا لم يعد له من قبل، فلا يملكه بذلك صاحب الأرض؛ لأنه استقر في مكان لم يعد لصنيده، فلا يعد وجوده فيه استيلاء عليه، لجواز أن يتركه، وإنما يملك عسله لوجوده في أرضه على وجه لايزايلها، وكذا لو انتقل النحل إلى أرض شخص آخر لم يكن له أن يتبعه، لأنه لا يعد مستوليا عليه بحلوله في أرضه واستقراره بها.

(ج) رجل له مجرى ماء خاص فى أرضه متصل بالنهر، فلما ساق إليه الماء انتقل إليه من النهر سمك كثير. فأقام الرجل عند ذلك سدا بينه وبين النهر رغبة منه فى أخذ السمك، فإذا كان السمك بحيث ينال باليد بدون وسيلة وعناء، كان ملكا لذلك الرجل؛ لأنه فى هذه الحال يعتبر بوجوده فى المجرى بعد إقامة السد محرزا، فلا يجوز لأحد حينئذ أخذه من المجرى، وإن كان بحيث لاينال إلا بصيده بشبكة أو نحوها لم يملكه صاحب المجرى فى هذه الحال. وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده صاحب المجرى فى هذه الحال، وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده صاحب المجرى طويلا أو متسعا كثير الماء، وأما إذا أقيم السد على جزء صغير منه، فإن إقامة السد فى هذه الحال تعتبر إحرازا لما فى هذا الجزء من السمك، فيتملكه بذلك كما يدل على هذا ما فى فتح القدير؛ لأن هذا الجزء يعتبر كالحظيرة. وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة منعت السمك أن يعتبر كالحظيرة. وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة منعت السمك أن يتسلل منه، فإنه يملكه بذلك العمل، للقدرة على تناوله حينئذ بدون عناء (۱).

⁽¹⁾ راجع فتح القدير قبه ص ١٩١٥ والبيزازية قبرة ص ٣٠٠٣. وذهب بعض المالكية كابن الكاتب إلى أن سمك البحيرات المملوكة ملك مالكها، فله بيعه، كما أن ماء الآبار المملوكة عملوك لصاحب البتر. راجع منح الجليل قبر ٤ص ٣٣٥ وذهب آخرون إلى إنه لايملكه فلا ييعه ولكن يكون أحق الناس به إذا احتاج إليه، وعند ذلك له أن يمنع من صيده، أما إذا لم يحتج إليه بأن كان لايصيده فليس له أن يمنع أحدا من صيده، راجع المنح والزرقاني.

(د) إذا صاد إنسان سمكًا فانفلت منه قبل أن تصل إليه يده لم يملكه بصيده، لانتقاض الإمساك الحكمى، ولكن إذا انفلت منه بعد أن أمسكه بيده أو بعد وضعه على الشاطئ فإنه يملكه، ولايزول ملكه عنه بانفلاته ووقوعه في الماء، لحصول ذلك بعد الإمساك الحقيقي.

(هـ) إذا دخل ظبى دار إنسان، لم يملكه بمجرد دخوله، لعدم تحقق الإحراز بذلك، ولكن إذا أغلق عليه الباب لأجل إحرازه ملكه بذلك الإغلاق، فإن أغلقه لغرض آخر لم يملكه الباك، وإذا سقط فى حفيرة، فإن كانت للصيد ملكه بسقوطه فيسها، وإن لم تكن للصيد لم يملكه بذلك، حتى لو حضر إنسان فأخذه منها ملكه بذلك الأخذ، ما لم يكن مالك الحفيرة قد سبق إليها، وكان منها بحيث لو أراد الصيد لأخذه، فإن اقترابه منها على هذه الحال يعد استيلاء على الظبى فيملكه بذلك.

(و) إذا رمى إنسان صيدا، فأصابه فإن أخرجه بهذه الإصابة عن استناعه، بأن لم يستطع معها الطيران إن كان طيرا، أو الجرى إن كان ظبيا أو أرنبا، فإنه يملكه بذلك وإن لم يمسكه فعلا، حتى لايكون لإنسان آخر أن يأخذه بعد ذلك، وإن أخذه لم يملكه وكان للأول أن يقوم عليه حتى يأخذه منه، وإذا رماه آخر في هذه الحال فقتله كان ضامنًا له.

(ز) إذا رأى إنسان غزالا فأرسل عليه كلبه فاقتنصه، ملكه بذلك، حتى لو تركه الكلب بعد ذلك لم يزل ملكه عنه، إذ صار غير قادر على الفرار بعد أخذ الكلب له فإن فر انتقض الاستيلاء عليه، حتى لو صاده إنسان بعد ذلك ملكه بصيده، والفروع من ذلك كثيرة ولكنها لاتخفى عليك بعد معرفتك مايعد استيلاء وما لايعد فنكتفى بما ذكرنا.

" - الاستيلاء على الركاز: ركزت الرمح ركزا من باب قتل وضرب أى اثبته بالأرض وغرزته فارتكز. والركاز: اسم جمع، واحده ركزة. ويطلق على المال المدفون في الجاهلية، وهو فعال بمعنى مفعول، أي مركوز، كالبساط بمعنى المسوط، والكتاب بمعنى المكتوب. ويطلق أيضا على المعدن. وفي القاموس:

⁽١) راجع الهندية: ج٦ ص٤١٨ والزازية في الصيد.

"الركاز ماركزه الله في المعادن أي أحدثه. ودفن الجاهلية والمراد بالمعادن في هذه العبارة: المحال جمع معدن وهي محل الفلز في الأرض، من عدن بالمكان إذا أقام فيه، ومنه جنات عدن. وعلى ذلك فالركاز يطلق على مايحويه باطن الأرض من فلزات كالذهب والحديد والنحاس والفضة عما يسمى الآن بالمعادن، وعلى مايدفنه فيها الإنسان من ذلك ونحوه مما يسمى كنز:، وأركز وجد الركاز، والفرق بين الفلز والكنز: أن الفلز اسم لما هو جزء من الأرض من جواهرها المعروفة الآن بالمعادن، تسمية لها باسم محلها، وأن الكنز ليس جزءا من الأرض، وإنما هو دفين ومودع فيها، أودعه الإنسان في باطنها، نقودا كان أم حليا أم سبائك أم متاعا.

أنواع المعادن أو الفلزات: المعدن ثلاثة أنواع:

ا ـ فـمنه صلب قـابل للطرق والسـحب والانطباع بـالنار، فتـصنع منه الصفائح والأسلاك ونحوها، كالذهب، والفضة، والنحاس، والحديد.

٢ ـ ومنه صلب لايقبل الانطباع بالنار ولا الطرق والسحب، كالماس والياقوت والزمرد ونحوها.

٣ ـ ومنه سائل كالزئبق والبترول وغيرها من الزيوت المعدنية.

أحكامها: يرى المالكية في أشهر أقوالهم أن ليس شيء من الأنواع الثلاثة في محالها "مناجمها" من الأموال المباحة حتى يتملكها من وجدها واستولى عليها، وإنما هي ملك للمسلمين استولوا عليها باستيلائهم على أرضها؛ لأنها منها وثمرة من ثمراتها، ولكنها مع هذا لاتعد تابعة له، فلا تملك بامتلاكها، إذ ليس لمثلها تملك الأرض وتطلب عادة، فبقيت للمسلمين، أمرها إلى الإمام، يستغلها بعماله لمصالح المسلمين، أو يقطعها لمن يشاء نظير مال يصرف في مصالحهم، أو مجانا إن رأى مصلحتهم في ذلك، إذا أقطعها لم يجز له أن يقطعها تمليكا، وإنما يقطعها انتفاعا، لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها، ولذا لايرثها من بعده ورثته، بل يرد الأمر فيها إلى الإمام، لافرق في ذلك بين مايوجد في أرض مملوكة ومايوجد في أرض غير مملوكة، ولا بين نوع منها ونوع آخر.

وفى منح الجليل: إن هذا الحكم دعت إليه المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس فإن تركت لهم أفسدوا، ولأنها على العموم مدعاة إلى التحاسد

والتقاتل وسفك الدماء، فجعلت للإمام درءا لكل هذه المفاسد وما ماثلها، وهذا أوجه؛ لأن السبب الأول لايعم مايوجد من المعادن في أرض أسلم أهلها عليها، إذ لم يستول عليها المسلمون (١).

وذهب غيـر المالكية من الحنفية والشـافعية والحنابلة إلى أن هذه المـعادن قد تكون مملوكة وقد تكون مالا مباحا.

فإذا وجدت في أرض مملوكة كانت تابعة لأرضها لأنها جزء منها، وجدت معها أو منها خلقت، فإن كانت الأرض لشخص فيما يكون فيها من المعادن فهو ملك له، وإن كانت من أميلاك الحكومة الخاصة كانت معادنها ملكا للحكومة وإن كانت الأرض موقوفة كانت معادنها وقفا تبعا لها عند الحنفية، فتصرف في مصالحها لا للمستحقين فيها؛ لأنها ليست بغلة، وذلك بناء على مااستظهره ابن عابدين (٢) واستثنى أحمد من ذلك في رواية عنه المعدن السائل؛ لأنه لايعد جزءا من الأرض، لشبهه بالماء يستنبط منها. فيلا يتبعها في الملكية، ولايكون ملكا لصاحبها، وإنما يكون مالا مباحا صاحب الأرض أولى به من غيره، وذلك لقوله عليه السلام: "من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له" رواه أبو داود، وفي رواية: "فهو أحق به" راجع المنتهى: "ج٢ ص١٤٣١، وفي هذا الرأى نظر، فإن رواية: "فهو أحق به" راجع المنتهى: "ج٢ ص١٤٣١، وفي هذا الرأى نظر، فإن الماء إنما جعل شركة بين الناس ولم يكن لمالك منبعه للحديث "الناس شركاء في ثلاثة في الماء والهواء والنار، ولبس المعدن واحدا منها، وأما قوله عليه السلام: "من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له" فهو أظهر في إفادة الملك، وعلى ذلك شرأى أبى حنيفة والشافعي أوجه، وهو كذلك رواية أخرى عن أحمد، ذكرها فرأى أبى حنيفة والشافعي أوجه، وهو كذلك رواية أخرى عن أحمد، ذكرها صاحب الشرح الكبير في باب الموات.

⁽۱) وللمالكية قولان آخران: أحدهما أن المعادن بجميع انواعها ملك لصاحب الأرض إن وجدت في أرض علوكة لأهلها _ وهم من أعطيت إليهم للانتفاع بها نظير الخراج _ إن لم تكن مملوكة كما إذا فتحت عنوة فصارت بذلك وقفا على مصالح المسلمين فإن لم يكن لها مالك ولا أهل كانت للواجد، ومبنى هذا القول _ كما هو الظاهر _ اعتبارها من الأموال المباحة وإنها أحرزت بإحراز الأرض، أو باستخراجها من الأرض، إذا كانت غير عملوكة، فتملك بذلك الإحراز، وتكون ملكا لصاحب الأرض أو لواجدها، وثانيهما: أن هذا الحكم خاص بغير الذهب والفضة، أما الذهب والقضة فهما للإمام على كل حال، ومبنى هذا القول أن المصلحة دعت إلى استثناء الذهب والفضة لشدة الرغبة فيهما، والتحاصد والتقاتل عليهما.

وإذا وجدت في أرض مباحة غير عملوكة كانت أموالا مباحة تبعا لها. فتكون للواجد، جامدة كانت أم سائلة.

ذلك مايتعلق بامتلاك المعادن من الأحكام، وخيرها ـ فيما أرى ـ ماذهب إليه مالك على أشهر الروايات، لقوة مبناه وعموم مايحقق من مصلحة.

ومما يجب ملاحظته مع هذا أن مالكا والشافعي وأحمد يرون أنها إذا كانت للواجد أو لصاحب أرضها ملكها كلها، ولا يجب عليه فيها إلا الزكاة في بعض الحالات، ووجوب الزكاة لا ينافي عموم ملكيته لها، وأن أبا حنيفة يرى هذا في جميع نوعيها الأخيرين، غير أنه لايوجب فيها زكاة. ويجعل النوع الأول مشتركا، للمصالح العامة فيه الخمس، والباقي للواجد أو لمالك الأرض (١).

(۱) ليس من موضوعنا أن تفصل القول فيما يجب في المعادن على العموم، من مونة، ولكنى أفضل أن أتعرض له بالقعدر الذي يتبين به مقدار مايخلص من المعادن لمن استخرجها واستولى عليها، ونتوك التفصيل لموضعه. فالمالكية يرون أن الزكاة مستحقة فيما يستخرج منها إذا كان ذهبا أو نفشة متى بلغ نصابا، والنصاب من الذهب عشرون مشقالا وقيمتها بالعملة المصرية ١١،٨٧٥ جنيها ذهبا. ومن الفيضة مائتا درهم وقميستها بالنقود ٢٢٠ رشا ذهبا وثلثى قرش، فيؤخذ من المستخرج إذا بلغ ذلك أو زاد ربع العشر عند استخراجه، ويصرف في مصارف الزكاة، ولاتجب زكاة في غير هذين النوعين من المعادن كالنحاس والحديد والقصدير والبترول ونحوها. راجع منح الجليل: ج١ ص٣٦٧، وإلى هذا ذهب الشافعية، راجع النهاية : ج٢ ص٩٩٠.

ويرى الحنابلة رجوب الزكاة «ربع العشر» فيما يستخرج من كل نوع منها لافرق بين جامد وسائل ولا بين ذهب وحديد؛ لانها ثمرة للأرض كالحبوب بشرط أن يكون المستخرج نصابا أو أكثر، وأن يكون مستخرجه من أهل الزكاة، ولذا ينقص منه بقدر ماعليه من الدين، راجع الكشاف: ج١ ص٤٥٨ ولايشترط حولان الحول عند الحمد.

وذهب الحنفية إلى أن المعادن نوع من الغنائم ولذا لاتجب فيها زكاة، وإنما يجب في النوع الأول منها فقط الخمس؛ لأنه ليس من جنس أجزاء الارض لحمليث الوفي الركاز الخمس، والركاز كما تقدم يشمل المعدن والكنز، وفي الأصل عن أبي حنيفة أن ذلك إذا وجد في أرض مملوكة لشخص معين لم يجب فيه شيء؛ لأنها حين انتقلت إليه تملكها بجميع ماتحويه مما خلق منها. فلا يجب عليه في المعدن يوجد فيها شيء. وأما النوع الثاني وهو ماكان عن جنس أجزاء الارض، والنوع الثالث وهو ماكان شبيها بالماء، فلا يجب فيهما شيء، إذ لايجب شيء في التراب والاحجار والماء مما يكون في باطن الأرض. ومنه يستخرج كذلك لايجب في مثله من الماس والياقيوت والبرول؛ لأن هذه الاحجار لما كانت من جنس أجزاء الأرض كان تصرف الإمام في الأرض بابقائها في يد أهلها وإقرار ملكيتهم لها يوم استولى عليها تصرفا شاملا لاجزائها. ومنها هذه الاحجار، فكانت ملكا لمن أعطيت لهم، ولم يجب لذلك فيها شيء؛ لأنها إنما أعطيت بعد إخراج الخمس، ولأن هذا النصرف يومنذ لما يكن شاملا لما استقر بباطنها من المعادن؛ لأنها ليست من جنس أجزائها كالذهب والفضة ونحوها، بقيت على حكم الغنائم، ووجب فيها لذلك الخمس، لقوله تعالى: ((١٤٤٨) فواعلموا أنما غنعتم من شيء فإن لم يخمسه وكانت ملكا لمالك الأرض إن وجدت في أرض مملوكة ولواجدها إن وجدت في أرض مباحة؛ لأن يد هذين يد حقيقية فتم بها الاستبلاء ولملك. بخلاف يد التائمين إذا كانت حكمية فلم يتم بها الاستبلاء

معادن البحار: وأما ماتدسره (۱) البحار من حلى ومعادن وغيرها كالعنبر والمرجان واللؤلؤ، وأما مايستخرج منها من ذلك، فإن أبا حنيفة يرى أنه مال مباح يكون ملكا لأول شخص استولى عليه، ولا شيء فيه لبيت المال، إذ ليس قاع البحر وما فيه تحت غلبة الإمام، وما وجب الخسمس في المعادن التسى توجد في الأرض إلا لأن الإمام قد غلب على أرضها. فلما انتفت علة الحكم وهي الغلبة على مكان المعدن في في مكان المعدن في في المعادن التهمس فيه، وألى منا يؤخذ من البحار انتفى الحكم وهو وجوب الخمس فيه، فكان ما يؤخذ منه مثل الأسماك، ليس لبيت المال فيه شيء، وإلى هذا ذهب مالك وأحمد والشافعي، وذهب أبو يوسف إلى وجوب الخمس في ما يدسره البحر، وما يقى فلواجده، وحجته في ذلك: أن ما في البحر مما تغلب عليه أيدى الملوك، وأن عمر رضى الله عنه حين كتب إليه فيما يدسره البحر من العنبر أفتى بأن يؤخذ وأن عمر منه وغيره مثله. وبهذا أخذ عمر بن عبدالعزيز.

الأول: أن الأرض إما عشرية أو خراجية وإما أرض لا مؤنة عليها كالدور المبنية، فالارض العشرية هي ما وجب في حاصلاتها العشرأ نصف العشر تبعا لطريقة ربها وستيها، فإن رويت بلا آلة ففي حاصلاتها العشر وان رويت بآلة ففيها نصف العشر، وهذه هي الأراضي التي أسلم أهلها باختيارهم ولم يغلب عليها المسلمون بخيلهم ورجلهم. أو التي لايقبل من أهلها إلا الإسلام أو القتل، من عبيلة الأوثان من العسرب، ويلحق بها أراضى الفلوات والصحاري والجبال، فتسعتبر من الأراضى العشرية (كما جاء في الخانية)؛ لانها إذا السرت شيئا كان فيه العشر. والأرض الخراجية هي كل أرض ظهر عليها المسلمون فأبقوها في أيدي أهلها، وكذلك كل أرض صالح أهلها المسلمين على قبول دفع الجزية (ضريبة تفرض على كل قادر عليها منهم)، وأن يصيروا أهل ذمة للمسلمين.

فإذا وجد النوع الأول من المعادن في أرض عشرية أو خراجية فخمس ما يستخبرج منه لبيت المال اتفاقا مين الإمام وصاحبيه، وإذا وجد في دار شخص أو حانوته لم يجب فيه شيء لمبيت المال عند الإمام؛ لأنه وجد في باطن أرض لا مؤنة عليها في أخذ حكمها، وخالفه في ذلك صاحباه لعموم قوله عليه السلام: "وفي الركاز الخمس، لأنه يشمل كل معدن سواء أوجد في دار أم غيرها.

الشانى الزئبق، فإن الطرفين ذهبا إلى إيـجاب الخمـس فيـه لعدهمـا إياه من الفلزات المعدنيـة تشبـيهـا له بالرصاص، وخالفهما أبو يوسف؛ لأنه سائل كـاتر الزيوت المعدنية فى نظره. وقد جاء فى البدائع أن أبا يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الزئبق، فقال: لا خمس فيه. فلم أول به حتى قال: فيه الخمس. وكنت أظن حيتذ أنه مثل الرصاص والحديد، ثم تبين لى أنه كذلك وأنه بمنزلة النفط. فرجعت إلى قول أبى حنيفة الأول.

⁼ وليس يخفى مافى هذين الدليليس من أوجه النقد والنظر، إذ كيف يجعل البترول ـ مثلا ـ فى حكم الناه بجامع السبولة بينهما، وهو وصف طردى غير مناسب؟ ثم كيف يكون إخراج الخمس قبل توزيع الارض يتلول ماقد يكون فى باطنها من الأحجار الكريمة قبل اكتشافه والعلم به، ولم يلاحظ مع ذلك فى تقديره وقت الحذه؟ وكيف تكون يد المغانمين على ماقد يوجد فى باطنها من الذهب والفضة يدا حكمية ويد مالك الأرض حقيقية ولافرق بين البدين من ناحية الاستيلاء على الأرض؟

غير أن الإمام قد اختلف مع صاحبيه في وجوب هذا الخمس في موضعين:

⁽١) دسره البحر: قذفه ورماه، من باب نصر.

أنواع الكنز: الكتر نوعان: إسلامى وجاهلى. فالإسلامى ماوجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن فى الأرض بعد ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى دليل من الأدلة. والجاهلى، ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن فى الأرض قبل ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريق من الطرق. فإن جهل حاله فقد اختلف فيه الرأى، فذهب بعض العلماء إلى اعتباره جاهليا، لأن أكثر ما يوجد من الكتور لأهل الجاهلية، وذهب آخرون إلى اعتباره إسلاميا لتقادم العهد على الإسلام، فيقرب أنه دفن أهله.

حكم الإسلامي: لا يعد من الأموال المباحة؛ لأنه مملوك لصاحبه ملكا محترما، فلا يملكه واجده، وإنما يعد لقطة، فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها، فإن يئس من معرفته حفظت، أو تصدق بها، وهذا رأى الحنفية(١).

حكم الجاهلى: أما الجاهلى، فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسه لبيت المال، لقوله عليه السلام: «وفى الركاز الخمس» والركاز عند الحنفية يشمل المعدن والكنز، وعند الأئمة الشلائة لايراد به إلا الكنز، وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم، فإنه مال غلب عليه المسلمون ففيه الخمس، غير أن الشافعى لايرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهبا أو فضة، بشرط أن يبلغ نصابا، فإذا لم يوجد به ذهب ولا فضة أو وجد منهما مالا يبلغ نصابا فلا شيء فيه (٢).

وما بقى بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند أحمد، فيكون ملكا لواجده، سواء أوجده فى أرض مملوكة لأن الكنز ليس أوجده فى أرض غير مملوكة لأن الكنز ليس جزءا من الأرض فلا يملك بامتلاكها. وكان بذلك مالا غير محرز فيملكه من أحرزه، ولا يعد ملكا للفاتحين لعدم تمام إحرازهم له. وهو قول أبى يوسف ورواية عن مالك. راجع التاج: ج٢ ض٣٤٠.

(۲) خالف مالك في هذا. واشترط لإيجاب الخمس فيه ـ وإن كان عرضا ـ ألا يحتاج في استخراجه والحصول عليه إلى كثير من النفقة أو كثير من العمل، فإن احتاج إلى ذلك كان الواجب فيه ربع العشر فقط، وإلا كان الواجب الخمس، وإن احتاج الانتقال إلى محله والسفر إليه كثيرا من النفقة.

⁽۱) ومن العلماء من ذهب إلى أن اللكية فى هذه الحال تزول عنها ويشملكها واجدها، وقد روى عن عمر وابن مسعود وعائشة، وبه قال الشافعى وأحمد، غير أنهما يلزمان واجده بأن يرده إلى صاحبه إن ظهر وهو موجود، فإن لم يكن موجودا رد إليه قيمته.

⁽٣) إذا وجد فى أرض مملوكة لممين قادعاه صاحب الأرض كان له مع يسمينه لرجحان دعواه باليسد السابقة على الأرض. راجع الكشساف ج1 ص-٤٦. وروى كذلك أنه إذا وجد فسى أرض مملوكة كان لمالكسها، براجع الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص١١٢.

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي إلى أنه يكون ملكا لـواجده بإحرازه إن وجده في أرض مباحمة غير مملوكة لأحد، كالصحراء والجبل، أو في أرض ملكها بإحيائها؛ لأنه أول مستول عليها، ولكن إذا وجده في أرض علوكة لغيره أو مملوكة له بالشراء مثلا، فرأى أبي حنيفة أنه يكون ملكا لأول مختط لها "من أعطيها حين الفتح؛ ولورثته من بعده إن عرفوا فإن لم يكن لها مختط بأن ملكت لأول أمرها بالإحياء، فإنه يكون لأول من أجياها ولورثته من بعده إن عرفوا؛ ذلك لأن من أعطيها عند الفتح ملكها وملك ماتحويه من الكنوز بإعطاء الإمام، وكذلك من أحياها يتملكها بالإحياء، ويتملك مابياطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعا لها، ثم تنتقل ملكية هذه السكنوز إلى ورثة كل منهم بوفاته، وهكذا دون أن يمنع من ذلك تصرف في الأرض من مالكها بالبيع ونحو ذلك؛ لأن العقود المالية إنما ترد على محالها فقط، وهي الأرض هنا، دون ماقد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز، فلا يشملها العقد ولاتنتقل به إلى المشترى ولا إلى الموهوب له، وإنما يظهـر أثر العقد في الأرض فقط، وتبقى الكنوز متنقلة بالوراثة في ورثة أول مالك، ونظير هذا ما لو باع إنسان سمكة صادها وفي جوفها جـوهرة لإيعلمها. فإن الصائد البائع يملك الجوهرة بالاستيالاء على السمكة، ولا يشملها عقد البيع؛ لأنه لم يرد عليها وإنما ورد على السمكة فعظ، ولهذا لايتملك المشترى إلا السمكة، وعليه أن يرد الجوهرة لصائد السمكة الذي باعيا.

فإن لم يعرف أحد من هؤلاء اختلف رأى الحنفية، فقال بعضهم: يكون الكنز لبيت المال؛ لأنه مستودع أموال المسلمين التي لايعرف لها وارث _ وهذا ظاهر _ وقال آخرون يكون لأقصى مالك معروف للأرض؛ لأنه هو الذي يظن فيه أنه أول مالك لها، فإن لم يوجد فلورثته.

وعلى هذا فمبنى رأى الحنفية أن الكنز إما مال مملوك لمحارب فيملك بأخذه مع الأرض، سواء أملكت عنوة أم بإحياء، وإما مال مملوك لمسلم أو ذمى فيكون حكمه حكم اللقطة (١).

⁽۱) مذهب مالك لايختلف في أساسه عن مذهب الحنفية. ولذا يرى أن الكنز إذا وجد في أرض استولى عليها المسلمون عنوة سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة كان ملكا لمن استولى عليها من الغزاة لا لمن وجده، ثم لورثتهم من بعدهم إن عرفوا، فإن لم يعرفوا كان لعامة السلمين، وقبل يكون لقطة، راجع الناج اج اص ٢٤٠٠ ووفت الجليل «ج١ص ٢٤٠٠، وإذا وجد في أرض لم تؤخذ عنوة كأرض اليمن والحسجاز والفيافي، فهو لمن "

هذه أحكام الشريعة الإسلامية فيما يوجد في الأرض من معادن وكنوز. أما ما وضع من أحكام في القوانين المصرية فيمكن إجمالها فيما يأتي:

تعتبر المعادن تابعة لأرضها في ملكيتها. فإن كانت مملوكة لشخص كانت له، إن كانت مملوكة للحكومة كانت لها، لافرق في ذلك بين معدن جامد ومعدن سائل، لأن من ملك أرضا ملك مافوقها وما في بطنها. كذلك الكنوز لمالك أرضها إن عرف لها مالك، بلا تفرقة بين كنز وكنز، فإن لم يكن للأرض مالك كانت لمن وجدها. ويستثنى من هذه الأحكام الكنوز ذات القيمة التاريخية، فإن لها أحكاما خاصة. وفي جميع ذلك رسوم قررتها الحكومة لابد من أدائها(١).

لا الأرض الموات وإحياؤها: الأرض إذا كمان يملكها مسلم أو ذمى وظل متمسكا بها لم يتملكها أحد إلا عن طريقه، إما بعقد من العقود الناقلة للملكية حال حياته، وإما بالميراث عنه بوفاته، وذلك باتفاق بين الأثمة، غير أنه قد يسوء استغلالها فتزيد نفقاتها على غلاتها أو تتخرب لأى سبب من الأسباب، كحريق أو غرق فيعجز عن عمارتها وإصلاحها، ويتركها لذلك، ويطول تركه لها، وقد يتوفى فيتركها كذلك ورثته من بعده، إن كان له ورثة، وينتهى الأمر إلى نسيان مالكها، فتصبح وليس لها مالك معروف، ولايعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة في الإسلام. ومثال ذلك مانعرفه الآن من أرض مدينتي الفسطاط والعسكر وغيرهما من المدن الإسلامية الدارسة التي لايستدل عليها إلا بآثارها الباقية.

⁼ وجده؛ لأنه أول مستول عليمه، راجع التاج ج٢ ص٣٤٠، ونقل عن مالك أنه إذا وجد فى أوض مملوكة لم تؤخذ عنوة كان لمن أحياها لا لمن وجده، ثم لورثته من بعده؛ ذلك لأنه أول مستول عليه باستسيلائه على الأرض، وإذا باعها لم يشمله البيع إذ لايباع إلا ماظهر منها. التاج ٣٤٠ ص٣٤٠.

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد فى شارع أو مسجد فلقطة، وإذا وجد فى أرض مملوكة كان لمالكها إن ادعاه وطلبه، وعندنذ لا يخسس، ولكن تجرى عليه أحكام الزكاة «المهذب والنهاية» فإن تركه ولم يدعه كان لمن تلقى الملك عنه من بائع أو واهب، إذا ادعاه كذلك، وهكذا حتى نصل إلى أول محى لها، فإن لم يكن محى فى الإسلام بأن كانت من الغنائم كان للغائمين. وفى المجموع «شرح المهذب» إذا وجد فى أرض عرف مالكها لم يملكه واحد بل يحفظ حتى يجىء مالكه، فإن أيس منه كان لمبيت المال كسائر الأموال الضائعة. واجع النهاية ج٢ ص٩٩، والروض ج١ ص٣٨٧.

⁽١) كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل مرسى باشا بند ٧١٧.

فإذا تركها مالكها لحال دعته إلى تركها، وكان معروفا، وكان تملكه لها بعقد من العقود. لم يزل ملكه عنها بذلك الترك، ولم يجز لأحد أن يتملكها إلا عن طريقه باتفاق.

وإن كان تملكه لها بالإحياء لم يختلف الحكم عند أبى حنيفة وأحمد (١)، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهى له» فلا يملكها أحد إلا عن طريق مالكها الذى تركها. وذهب مالك إلى أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتا غير عملوكة كما كانت (٢)، فيملكها من يحييها بعد ذلك، مثلها عنده مثل الصيد ينفلت من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك، فإنه يعود غير مملوك كما كان ويتملكه من يصيده بعد ذلك.

وإذا تركها مالكها ثم توفى فتركها كذلك ورثته من بعده حتى نسيهم الناس وأصبحت لايعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة يوما ما، فإن فى تملكها بالإحياء روايتين عن أحمد. إحداهما: أنها لا تملك به، لقوله عليه السلام «من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم فهى له» وهذه الأرض فى حق مسلم فلا تملك بالإحياء (٦) والثانية أنها تملك بالإحياء؛ لأنها أرض موات لاحق فيها لقوم بأعيانهم، فأشبهت ما لم يجر عليه ملك من قبل. وعموم الحديث يجعلها من متناوله، وإلى هذا ذهب مالك كما فى الشرح الكبير (٤).

أما الحنفية فقد اختلف فيها رأيهم، روى عن أبى يوسف أنها تملك بالإحياء، وإلى هذا ذهب القدوري وجعلها من الموات، وذهب الكاساني (٥) في

⁽۱) وروی هذا أيضا عن سحنون.

⁽٢) روى هذا الرأى الثاني عن ابن القاسم راجع منح الجليل ج٤ صـ ٢٤.

⁽٣) وإلى هذا الرأى ذهب الشافعي، ورأى مع هذا أنها من المال انشائع فيرجع فيه إلى رأى الإمام، وفي حاشية الرملى على الروض، ولو خربت قرية للمسلمين وتعطلت ولسم يعرف ملاكها فهل للإمام أن يعطيها لمن يعمرها؟ وجهان حكاهما القاضى أبو طالب، وفي الحاوى: ما لايعرف مالكه ولايرجى ظهوره فهو لبيت الملل، فللإمام أن يأذن فيه كسائر أموال بيت المال. وهل يجوز للإمام إقطاعه؟ وجهان . كذا في الحاوى، وقال صاحب الكفاية: رجح صاحب البحر جوازه.

 ⁽٤) راجع الشرح الكبير ج٦ ص١٤٨، ١٤٩، ونسبة هذا لمائك لم أرها في كتب المالكية، ولعل هذا الرأى يرجع إلى ماروى عنهم من أن المالك إذا ماتوك ملكه اختيارا راغبا عنه زالت ملكيته له.

⁽٥) هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتسوفي سنة ٥٨٧ ودفن بظاهر حلب، والكاساني نسبة إلى قرية كاسان بتركستان.

البدائع والزيلعى (١) فى تبيين الحقائق إلى أنها ليست مواتا ولاتملك بالإحياء، وإنما تعطى حكم اللقطة، ومعنى ذلك أنها تحفظ إلى أن يظهر مالكها أو يتصدق بها على الفقراء، وقد رأى بعض الحنفية أن ذلك غير عملى، ولذا قالوا: إنها تكون لجماعة المسلمين، أمرها إلى الإمام يتصرف فيها كما يتصرف فى أموال بيت عال المسلمين؛ ذلك لأن بيت المال مستودع لجميع أموال المسلمين التى ليس لها وارث معلوم، ولو ظهر بعد ذلك مالكها ردت إليه، وهذا قول محمد رحمه الله، وبمن ذهب إليه صاحب الهداية، ولأن ماذهب إليه القدورى لا يتفق مع قواعد الحنفية القياضية بأن الملك إذا ثبت لا يرتفع بالترك، وقد حاول الزيلعى أن يؤول كلام القدورى فقال: إنه يريد أنها كالموات لا أنها موات حقيقة؛ ولا يفيد هذا التأويل مادام القدورى يرى فيها أنها تملك بالإحياء، وهو ظاهر كلامه وما نقل عنه.

وأما إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإما أن يتعلق بها حق ارتفاق أو لا، فإن تعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قريبة من العمران، فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أتربتها أو مكانا لحصائدها أو محتطبا لها أو مسيلا لمائها، أو مسرحا للنعم أو مناخا للإبل أو نحو ذلك، لم يجز إحياؤها ولاتملك بالإحياء.

ومناط تعلق الحق بها عند أبى يوسف صلاحيتها لذلك لقربها من البلد، فما قرب من البلد لايملك بالإحياء، وما بعد يملك بإحيائه، لعدم تعلق حق أهل البلد به، وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبسين العمران مقدار غلوة "من ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة، وفسى رواية عنه: إذا كان من بها لايسمع جهورى الصوت إذا صاح في أدنى العمران منها، وذلك ما اختاره السرخسى (٢).

ويرى محمد أن حق أهل البلد لايتعلق بها إلا إذا انتفعوا بها فعلا، فإذا كانوا لا يتتفعون بها فعلا كانت مواتا، وملكها من أحياها، وإن كانت قريبة، وهذا ظاهر الرواية، وعلى ذلك فما يوجد من الأرض السرملية بجوار المدن مما لاينتفع به يعتبر مواتا عند محمد، فيملك بإحيائه أو بالبناء عليه، وليس بموات عند أبى يوسف فلا يملك بالبناء عليه.

 ⁽١) هو فخر الدين عشمان بن على من زيلع على البحر الاحمر برع في الفقه والنحـو والفرائض، وقدم القاهرة سنة ٥٠٠، وتوفى سنة ٧٤٣. ودفن بالقرافة.

 ⁽٢) ويظهر أن ذلك التحديد خاص بما قرب من البلاد. أسا ماقرب من الأرض المنزرعة العامرة فلا يلائمه هذا التحديد لما هو ظاهر، وإذن لايمنع إلا من إحياه ما ارتفق به فعلا.

وذهب أحمد ومالك إلى أن القريب من العمران لايملك بالإحياء، ويرى أحمد أن يترك تحديد ذلك إلى عرف الناس، إذا ماانعدم الانتفاع به فعلا.

وأما إذا لم يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت بعيدة عن العمران أو غير منتفع بها . كما قدمنا ـ فإنها تعتبر مواتا حينئذ لعدم الانتفاع بها .

وعلى ذلك فالأرض الموات (١): هى الأرض التى لايملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد، ولاينتفع بها إما لعدم وصول الماء إليها، وإما لغلبته عليها، وإما لسوء ترتبتها؛ لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصا، وإما لغير ذلك من الأسباب التى حالت دون الانتفاع بها. وإذن فالأرض المملوكة لا تعد مواتا، وربما كان ذلك مقتضى الاستعمال اللغوى، ففى الصحاح: أنها الأرض لا مالك لها، ومثل ذلك فى القاموس. وكذلك مايوجد فى وسط البلاد من الميادين المتسعة، وما يقرب منها من الفضاء الذى يرتفق به أهلها لا يعد مواتا، ولا تعد الأرض مواتا تملك بالإحياء الا إذا كانت بعيدة لا ينتفع بها لسبب من الأسباب.

بم يكون الإحياء وأثره؟ سبب علك الأرض الموات:

يرى كثير من العلماء أن الأرض الموات تدخل فى ولاية الإمام العامة، ولهذا كان له أن يملكها بالإقطاع، ويرى الحنفية فيما يظهر لى من كلام صاحب البدائع وما نقله البحر^(۱) عن الفتاوى الغياثية أن الأرض الموات يجوز للإمام أن يقطعها لمن يشاء، ولكنها لاتصير بذلك الإقطاع ملكا لمن أخذها، وإنما يشبت له به حق احتجازها لإحياثها فى مدى ثلاث سنين ليملكها بذلك، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حته، وكان للإمام أن يعطيها غيره (۱).

 ⁽١) سميت الارض التي لاينتفع بها مواتا لشبهها بالحيوان الذي بطلت منافعه بموته، فإذا انتفع بها حييت ومنه قوله تعالى ﴿وَانْزَلْنَا مِن السماء ماء فاحيينا به الارض بعد موتها﴾.

⁽۲) صاحب البحر هو الشيخ زين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيسم أحد أسماء أجداده، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦، وله كتاب الأشباء والنظائر والسبحر الرائق على الكنز، ومختصر التحسرير وشرح المناو. وتوفى سنة ٩٧٠ ودفن بقرب السبدة سكينة.

⁽٣) راجع البدائع والبحر. وذهب مالك إلى أنه يجوز لسلامام أن يقطع الأرض الموات فتصير بذلك ملكا لمن أعطيها، له أن يبيعها وأن يتصرف فيها وإن لم يحيها. واجع منح الجليل ج٤ ص١٥٠. وذهب الشافعي إلى ذلك أيضا، فسجعل للإمام حق تمليك رقبة الموات لمن يريد. واجع النهاية والشميراملسي ج٥ ص٣٢٩. وهذا بخلاف إفطاع الإمام الموات للإحياء فإنه من باب التحجير ولايتم الملك فيه بالإحياء، وإلى هذا الإقطاع ذهب أحمد فام بجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تمليك. واجع الشرح الكبير وكشاف التناع في إحياء الموات.

ويرى الصاحبان أن الموات من الأرض مال مباح، فيملكها من استولى عليها بوضع يده، غير أن اليد على المال المتقول تكون ظاهرة، وعلى العقار لاتظهر إلا بظهور أثرها من الانتفاع به والعمل فيه، ولذلك لايكون إحرازه والاستيلاء عليه إلا بإحيائه حتى تظهر حيازته فلا يطلبه الناس، وبهذا جاء قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضا ميتة فهى له». وعلى ذلك فلا يتوقف ثبوت الملك بالإحياء على إذن الإمام به (١).

ويرى أبو حنيفة رحمه الله أن مجرد الاستميلاء عليها بإحميائها لايكفى فى تملكها، بل لابد من أن يكون ذلك بإذن من الإمام(٢).

وفى رأيى: أن اشتراط هذا الإذن لايتنافى مع اعتبار الأرض الموات من الأموال المباحة عند الإمام، ولكنه لما رأى أن رغبة الناس فى إحيائها قد تكون مبعث نزاع ومثارخصام، وأن للإمام مع ذلك يدا عليها وسلطانا بعموم ولايته على أرض الإسلام، وأن فى اشتراط إذنه بإحيائها منعا للخصام وإزالة لدواعيه، ومظهرا ليده وولايته، لما رأى ذلك أوجبه رعاية لهذه المصالح، ولم يوجبه فى غيرها من الأموال المباحة لظهور اليد فيها والسبق إليها، وذلك كفيل فى كثير من الأحوال بمنع النزاع.

ويري المالكية أن الموات إذا كان قريبا من العمران ولاحق لأحد عليه لم يجز لأحد إحياؤه إلا بإذن من الإمام أو بشسراء منه، فإن أحياه بلا إذنه أخرج منه، ولو

⁽۱) وإلى هذا ذهب الشافعي وأحسد. راجع النباية والمغنى والشرح الكبير في بساب إحياء الموات، وكذلك رأى مالك في إحياء مابعد عن العامر، بناء كان العامر أو أرضا، أما ماقرب منه فلا يملكه من يحييه إلا بإذن من الإمام حتى لايكون من وراء ذلك نزاع وشسغب. ونقل عن سحنون أنه قال: لم أجد لأصحابنا بسيانا لحد القرب والبعد، وأرى أن ما لاتدركه المواشى في غدوها ورواحها بعيد، وماتدركه فقريب. واجع الباجي ج1 ص٢٩٠.

⁽۲) وقد يستدل على مذهبه بدليلين : الأولَّ قُولَه ﷺ : اليس للمره إلا ماطابت به نفس إمامه ولاتطيب نفس الإمام بما يستسولى عليه الإنسان إلا بإذنه. الثاني _ أن الموات من الأرض كان مما استسولى عليه المسلمون عند الفتح، فهى لذلك من غناتم الفتح، ولايجوز أن يختص أحد بشىء من الغنائم بلا إذن الإمام. بخلاف غيرها من الأموال المباحة كالكلأ والصيد.

والدليل الأول: ((1) أخذ به عم كل مباح، فلا يمنك بالاستيلاء علميه إلا مع إذن الإمام ولم يقل بذلك أبو حنيفة، ولذا فلا يصلح دلبلا لوأيه، والدليل الثانى: بغيد أن الأرض الموات ليست من قبيل الأموال المباحة؛ لأنه اعتبرها من الغنائم، وأوجب لذلك إذن الإمام بإحيائها حتى تملك، ولكن عدها من الغنائم يتنضى أنه يكفى فى امتلاكها إعطاء الإمام دون توقف عملى الإحياء، وهذا مالم أره. على أن هذا الدليل لايعم موات الأرض التى أسلم أهلها بلا فتح كموات أرض اليمن مثلا إذ إنها لاتعد من الغنائم إذ لم يجلب عليها المسلمون بخيل ولا ركاب.

بنى نقض بناؤه أو أعطى قيمته مقلوعا «أنقاضا». وإن كان بعيدا عنه جاز إحياؤه بدون إذن من الإمام فيملك كذلك بإقطاع الإمام أو بالشراء منه.

وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها بغير الزراعة، وذلك بإزالة الأسباب التي حالت دون الانتفاع بها فعلا من منع الماء عنها بإقامة السدود، وصرفه إن كانت مغمورة به، ومن إيصال الماء إليها بحفر المجارى أو الآبار إن كانت محرومة منه، ومن كرائها وسقيها، أو سقيها مع إلى الماء البذر فيها، ومن إقامة سور عليها أو البناء فوقها، إلى غير ذلك من الأعمال التي تجعل اليد عليها ظاهرة والأرض منتفعا بها، وذهب أحمد في إحدى روايته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياء، وذلك يختلف باختلافه، وهذا أظهر.

ويمتلك المحيى ما أحياه من الأرض الموات على الوجه الذى بينا إذا كانت محددة غير محددة، فإن كانت محددة، لم يملكها إلا بإحياء مايزيد على نصفها. وعن أبى يوسف أنه إذا كان ما أحياه في وسطها ملكها بذلك، ويظهر لى أن مرجع ذلك إلى العرف؛ لأن العبرة بإظهار اليد على جميع الأرض.

وكذلك يكون إحياء الأرض الموات بحفر الآبار فيها أو بإنشآء مجار للماء تخترقها، فمن حفر فى أرض موات بثرا كان حريمها (١) ملكا له، وهو أربعون ذراعا من كل ناحية، فإن فاض الماء منها فكانت عينا، فحريمها خمسمائة ذراع من كل ناحية. أما حريم القنوات فيقدر بما يلزم لها من إصلاح يكفيها، ومرمى لما يخرج منها من أحجار وطين عند حفرها وكريها، ويكون الحريم فى هذه الأموال ملكا للحافر باعتبار أن ذلك إحياء له «والذراع ست قبضات»(٢).

وإذا عمل فيها من استولى عليها عملا لاتصير به منتفعا بها كان ذلك تحجيرا(٢٦) كأن يضع الشخص عليها من العلامات مايدل على سبقه إليها وشروعه

⁽١) حريم الشيء ما حوله من حقوق ومرافق سمى بذلك؛ لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به.

 ⁽۲) وذهب بعض العلماء إلى أن الحريم لايدخل في ملك الحاف للبئر ولكن يشبت عليه للبشر حق أرتفاق فقط، يمنع غير مالك البئر من إحياثه، وهو رأى المالكية. راجم منح الجليل ج٤ ص١٣.

⁽٣) سمى تحسجبرا لما يسترتب عليه من الحسجر على غير المحبّر أن يصلحها . وقيل : لأنه يكون بوضع الاحجار حولها.

فى إحيائها، كتسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء، وكقطع حشائشها أو أشواكها، وكحفر بعض مصارفها أو كريها، وكإنزال الماء فيها، وفى اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيرا وعدم اعتبارها إحياء خلاف بين الحنفية.

ولا يثبت بالتحجير تملك، ولكن يثبت به حق للمحجر يكون به أولى الناس بإحيائها على أصح الأقوال. ويثبت له هذا الحق مدة ثلاث سنوات من ابتداء تحجيره، فإذا مضت دون إحياء سقط حقه، كما يسقط كذلك بموته قبل نهايتها، وذلك لقوله عليه السلام: اعادى (١) الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين، وبه قضى عمر. ولأن المحتجر إذا مضى على ابتداء تحجيره هذا الزمن ولم يتمكن فيه من إصلاح الأرض دل ذلك على عجزه أو عدم رغبته، ووجب أن يبسر طريق إحيائها لغيره، لما في ذلك من المصلحة العامة.

وثبوت حق المحتجر في المدة المبينة لايمنع غيره من تملكها بالإخياء عند الحنفية وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقا، فلو أخذها قهرا فأحياها ملكها بهذا الإحياء، مثله مثل من يخطب على خطبة غيره فيتزوج، فإن زواجه يكون صحيحا مكروها. ومن العلماء من جعل هذا الحق مانعا من تملك غيره لهذه الأرض طيلة هذه المدة، وهذا رأى لبعض الحنابلة كما في الشرح الكبير (ج٦ص١٦٨). ومن العلماء من جعل المحتجر مالكا لها في هذه المدة ملكا مؤقتا ينتهى بانتهائها من غير إحياء. ولست أرى إلا أن تكون هذه الملكية من الملكية الناقصة، وإنها ملكية حق احس وانتفاع لاملكية رقبة، إذ ليس من المعهود في التشريع الإسلامي أن يكون ملك الرقبة مؤقتا بمدة.

⁽١) نسبة إلى عاد، ويراد به الأرض الخربة من قديم.

خلاصة الباب

يستفاد الملك التام بسبب من أسباب ثلاثة وهى: الحيازة ـ الوراثة ـ العقد الناقل للملكية.

الله الحيازة : هذا السبب يختص بالأموال الباحة فلا يفيد ملكية في الأموال المتقومة وهي الأموال المملوكة . ويمتاز بأنه منشئ للملكية فيوجدها بعد أن لم تكن، وعلى ذلك فلا تكون حيازة مال مملوك سببا لتملكه وإن طال وضع يد الحائز عليها . وذلك خلافا لما جرى عليه التشريع الوضعى . ولذا لا تملك اللقطة بالتقاطها، وإنما يجب تعريفها فإذا لما عرف صاحبها فسيلها الصدقة، وأما ماذكره الفقهاء من عدم سماع الدعوى لتركها مدة طويلة . ولو كانت بحق هو عين فمرجعه إلى أن ترك الدعوى خمس عشرة سنة في غير الوقف والإرث، وثلاثا وثلاثين سنة في الوقف والإرث، مع التمكن من رفعها، دليل كذبها ظاهرا. وذلك يستوجب عدم سماعها بهذا الحق، لا أن الحق قد صار ملكا لمن وضع يده وذلك يستوجب عدم سماعها بهذا الحق، لا أن الحق قد صار ملكا لمن وضع يده عليه . والنتيجة أنه لايسقط حق بوضع اليد عليه ولايترك المطالبة به وإن طالت مدة ذلك الترك. وكما يمتاز هذا السبب بأنه منشئ للملكية يمتاز بأنه سبب فعلى، ولذا يفيد أثره إذا صدر عمن ليس أهلا للقول كالمجنون والصغير الذي لايميز، فيمتلك كل منهما المباح بحيازته، وعلى ذلك فجميع ماخلقه الله تعالى على وجه الأرض من الأموال التي لم يملكها أحد كالأشجار في الجبال أو الصحراء وما عليها من من الأموال التي لم يملكها أحد كالأشجار في الجبال أو الصحراء وما عليها من من الأموال التي لم يملكها أحد كالأشجار في الجبال أو الصحراء وما عليها من ثمار، وكالمعادن في الفلوات يملك بإحرازه والاستيلاء عليه . وهاك التفصيل .

ا ـ الكلأ والآجام: الكلأ ماينت في الأرض بدون إنبات أحد، من الخشائش التي لاتملك الأرض لأجلها، ويعتبر مالا مباحا، ولو كان في أرض علوكة، وهذا يملكه من يحوزه بحشه وقطعه. أما الآجام وهي التي تملك الأرض لأجلها، فلا تكون مباحة إلا إذا كانت في أرض غير عملوكة، وذهب المالكية إلى أنه لافرق بين الكلأ والآجام، إذا وجدت في أرض عملوكة، فتكون كلها ملكا للكها.

أ — النصيد: هو اقتناص الحيوان بحيلة وحذق، ويملك به كل حيوان ممتنع على الإنسان؛ إما بفراره، وإما بطيرانه، وإما بسبحه وغوصه في الماء إذا لم يملكه صائد من قبل. وللصيد وسائل شتى، وهو يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على المصيد. والاستيلاء نوعان:

أحدهما حقيقى: ويكون بالإمساك باليد أو بالمسيدة، إذا كان الصائد قريبا منها بحيث لو أراد الاستيلاء على الصيد لفعل، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكا مستقرا، حتى لو انفلت بعده الصيد فعاد إلى مكانه لم يزل ملك الصائد عنه، ولا يتملكه غيره بصيده بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختيارا على أصح القولين.

وثانيهما حكمى: ويكون بواسطة آلات الصيد وحدها بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية. ويتحقق ذلك عندما يمكن أخذه بدون معاناة واستعمال وسائل أخرى، ويفيد هذا النوع الملك بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا، فإذا نصب شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك إذا لم ينتقض، أما إذا انتقض فعالج الشبكة حتى خلص منها، ثم فر لم يملكه بذلك الاستيلاء، حتى إذا صاده آخر ملكه بأخذه.

الثانى: أن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قصد، أما إذا وضعت للتجفيف مشلا فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بهذا التعلق، ولايملكه إلا إذا تحقق الاستيلاء الحقيقى عليه، وذلك بأن يقترب منه حتى يصير متمكنا من أخذه قبل انفلاته.

T الاسبتيلاء على الركاز: والركاز يشمل المعادن والكنوز:

المعادن: المعدن أنواع ثلاثة:

١ ـ صلب قابل للطرق والانطباع بالنار كالحديد والنحاس والذهب والفضة.

٢ _ صلب لايقبل الانطباع بالنار كالماس والياقوت.

٣ ـ سائل كالزئبق والبترول.

ويرى المالكية في أشهر أقوالهم أن الأنواع الثلاثة إذا وجدت في الأرض كانت ملكا لجماعة المسلمين، أمرها إلى الإمام يستغلها بعماله لمصالح المسلمين، ويراها غيرهم مملوكة لمالك أرضها إذا وجدت في أرض مملوكة، ومباحة إذا وجدت في أرض غير مملوكة، وعندئذ تكون ملكا لواجدها. ويلاحظ أن المالكية والشافعية، والحنابلة يرون أن ملكية مالكيا تعمها، ولايجب عليه فيها الزكاة، إلا إذا كانت ذهبا أو فعضة، فإن لم تكن دهبا ولا فعضة، فلا زكاة فيها إلا عند الحنابلة، أما الحنفية فيرون أنها تكون ملكا لمالكها إذا كانت من النوعين الأخيرين، ولا يجب عليه فيها شي، أما إذا كانت من النوع الأول وهو القابل لأن ينطبع بالنار ففيها الخمس، وأربعة أحماسها لمالك الأرض أو لواجدها.

وأما مايستخرج من البحر، فهو ملك لمستخرجه، ولا شي فيه إلا عند أبي يوسف فيرى الخمس فيه لبيت المال.

الكنوز الكنز نوعان إسلامى، وهو ماوجدت عليه علامة تدل على أنه دفن مسلم أو ذمى. وجاهلى، وهو ماوجدت عليه علامة تدل على أنه دفن قبل استيلاء المسلمين على محله. وحكم الإسلامى: حكم اللقطة، فواجب تعريفه. وحكم الجاهلى: أن فيه الخمس لبيت المال اتفاقا. وأربعة أخماسه لواجده عند أحمد، وهو قبول لأبى يوسف، ورواية عن مالك، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن وجده فى أرض مباحة كالصحراء، أما إن وجده فى أرض مملوكة، فهو لأول مالك لها أو لورثته. وأول مالك لها هو أول من أحياها إن ملكت بالإحياء، أو أول مسختط لها إن أعطيت حين فتحها والاستيلاء عليها، فإن لم يعرف أحد من هؤلاء فهى لبيت المال، وقبيل: لأقصى مالك معروف للأرض لأنه يظن أنه من ورثة أول مالك.

لارض المرض المحوات: يراد بالأرض الموات، الأرض التى لاينت فع بها، ولم تكن ملكا لأحد، ولم يتعلق بها حق ارتفاق لأحد، وتعتبر من المرافق التى تتعلق بها حقوق الارتفاق، إذا كانت قريبة من العمران، وذلك رأى أبى يوسف، وتعتبر قريبة عنده إذا كان من بها يسمع المنادى فى أدنى منزلة من العمران قريبة منها، ويرى محمد أنها لاتعد من المرافق إلا إذا ارتفق بها فعلا. فكانت محتطبا أو مناخا ومسرحا للدواب أو غير ذلك.

وهذا النوع من الأرض يملك بالإحياء عند الصاحبين، ويرى الإمام أنه لايملك بالإحياء إلا إذا أذن بذلك الإمام. وإحياؤها يكون بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها من غير زراعة، كبنائها منزلا، أو جعلها حظيرة للمواشى، أو نحو ذلك. أما الشروع فى استصلاحها بعمل من الأعمال فيعتبر تحبيرا، وهذا لايفيد امتلاكها، وإنما يجعل للمحتجر الحق فى إحرازها ثلاث سنوات لإحيائها، فإذا أحياها فى أثنائها ملكها، وإن مضت دون إحيائها أخذت منه وأعطيت لغيره، وإذا أخذها منه إنسان قبل مضى السنوات الثلاث فأحياها ملكها، وكان ذلك مكروها من الشارع.

(ب) باب الهيراث

الميراث: هو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أموال أو حقوق مالية عند وفاته فإذا توفى شخص وكان له ابن أو أب أو أم فإن كلا من هؤلاء يحل محله فى جميع مايترك من مال، عقار أو منقول بسبب الوراثة، ويثبت بها لكل فيما ترك ملك تام باعتباره خليفة عنه فيه، ولذا لايحتاج فى ثبوت هذا الملك إلى قبول.

ولايكون الميسرات إلا في مال مملوك أو حق ملحق به، ولا يكون إلا فيسما بقى من ذلك بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث في ثلث ماترك، أو فيما زاد عليه عند إجازتها من الورثة. ويعرف تفصيل هذه الاحكام في مواضعها.

(جـ) العقود الناقلة للملكية

هذه العقود تشمل: البيع، والهبة، والصدقة، والوصية بالأعيان، والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة إلى ذلك المال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت عينا، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال بالنسبة إليه.

وهذا السبب لا يكون إلا في الأموال المتقومة، وهي الأموال المملوكة التي يجوز الانتفاع بها، فتنتقل به ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولا يكون في الأموال المباحة ولافيما لا يجوز الانتفاع به، فلا يباع المال المباح ولا يوهب ولا يتصدق به، ولا يكون مهرا ولا بدلا عن فرقة أو منفعة أو حق، ولابدلا في صلح، وإذا جعل لم يجب. كما لا يباع الخمر والخنزير بين مسلمين، ولا يوهبان ولا يجعلان ثمنا، ولا يوصى بهما، ولا يصلحان مهرا، ولا أجرة، ولابدل صلح، وإذا جعلا لم يجبا بالعقد ولم يظهر فيهما أثره.

وسنعرض إن شاء الله للبيع والإجارة والصلح والتنازل عن بعض الحــقوق في كتابنا هذا.

ا ـ الزواج: كأن يقول رجل لامرأة: تزوجتك على مائة الجنيه هذه، أو على هذه الدار أو على هذه السيارة، فتجيبه المرأة بالقبول. فبتمام هذا العقد تنتقل ملكية هذه المنقود أو هذه الدار أو هذه السيارة إلى الزوجة بعد أن كانت للرجل وهو الزوج.

ب ـ الفرقة بين الزوجين على مال: كأن تقول زوجة لزوجها: طلقنى نظير هذا المبلغ من المال أو نظير هذا العقار، فيجيبها الزوج بقوله: طلقتك على ذلك: فإن هذا المبلغ أو هذا العقار ينتقل من ملك الزوج بمجرد تمام كلام الزوج.

جب الهبة: كأن تقول لصديق لك: وهبتك هذا الكتاب، في جيبك الصديق بالقبول ويتسلم منك الكتاب، فإن الكتاب يصير بتسلمه ملكا للصديق بعد أن كان ملكا لك.

د الصدقة: كأن تعطى فقيرا قطعة من النقود، فيتسلمها منك الفقير، فإن هذه القطعة تصير بتسلمها ملكا للفقير بعد أن كانت لك.

هـ بالوصية: كأن يقول إنسان: أوصى بهذه الدار لصديقى فلان، ثم يتوفى وهو مصر على وصيته، فيقبل صديقه فلان هذه الوصية، بأن يقول: قبلت الوصية، فإن الدار تصير بالقبول ملكا له، بعد أن كانت ملكا لمن أوصى بها، وذلك بشروط تذكر في موضعها.

والملك الشابت بكل عقد من هذه العقود ملك تام فى جميع هذه الصور وأمثالها، وقد علمت أن أساس هذه العقود الرضا، فلا يزول ملك عن صاحبه ولايتحول عنه بغير رضاه إلا فى ثلاث أحوال استثنيت من هذا الأصل؛ لأن إباء المالك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت، فلا يلتفت إليه، وينزع ملكه حينتذ جبرا عنه، ويعوض عنه بقيمته، أو بما قام عليه، ويعتبر كأنه قد باعمه راضيا بما أعطى رفعا لطلمه ودفعا لعنته.

الحالة الأولى: نزع الملك وأخذه للمنافع العامة، كتوسيع السطرق وإنشائها وإنشاء النسرع والمصارف والسكك الحديدية وتوسيع المساجد وما إلى ذلك، فإن المصلحة الحاصة، وليس للمالك أن يأبى حين يدعوه إلى بيع ملكه داعى المصلحة العامة، فإذا أبى كان إباؤه عنتا فيهمل، ويؤخذ الملك جبرا عنه بعد أن يقوم بواسطة الخبراء ويعطى قيمته (۱).

الحالة الثانية: بيع ملك المدين جبرا عنه لوفاء ما عليه من الديون التى امتنع عن أدائبها بغير حق، وأبى أن يبيع فى سبيل ذلك شيئا من ماله؛ لأن استناعه فى هذه الحال ظلم والظلم يجب أن يرفع، فينوب القاضى عنه فى بيع أمواله ليوفى من ثمنها ديونه، وهذا منذهب الصاحبين، وذهب الإمام إلى أنه لايجوز للقاضى أن يبيع أمواله جبرا عنه فى هذه الحال؛ لأن ذلك ضرب من

⁽۱) ضاقي المسجد الحرام على الناس في زمن عمر، وكانت دور الناس ممحدقة به من كل جانب عدا فتحات بدخل منها الناس إليه، فاشترى عمر دورا منها، وأبي عليه ذلك اصحاب الدور الباقية فاخذها منهم جسرا، ووضع قيمستها بخرانة الكعبة، وأدخل الجميع في المسجد، وظلت القيمة بالخرانة إلى أن اخذها أصحابها. ثم كثر الناس في زمن عثمان وضاق عليهم المسجد مرة أخرى فأراد توسيعه، فاشتري من قوم وأبي عليه آخرون، فأخذ دورهم جبرا عنهم، فصيحوا به، فاستدعاهم وقبال لهم: إنما جراكم على حلمي، وقد فعل عمر بكم مانعل فلم يصح به أحد، ثم أمر بهم إلى الحبس فحبسوا حتى كلم فيهم فاخرجهم.

الحجر (١) والولاية عليه، ولايحجر على مدين عنده، وإنما يحبسه القاضى على رأيه جزاء امتناعه عن أداء الدين ظلما، ولا يخرجه من الحبس حتى يؤدى دينه بالطريقة التي يرضاها من بيع أو خلافه، أو يظهر للقاضى أن ليس له أموال يمكن دفعها أو دفع ثمنها في الدين. فعند ذلك يطلقه.

وإذن فأساس الخلاف بين الإمام وصاحبيه خلافهما في جواز الحجر على المدين بالدين، فالإمام لايرى ذلك، وبناء عليه لايجوز أن يباع ماله جبراً عنه، وإنما يحبس لظلمه حتى يوفى دينه (٢). ويرى الصاحبان جواز الحجر، ولذلك يريان أن يباع ماله جبرا عند امتناعه عن سداد دينه، غير أنه لايحجر عليه فى التصوف إلا إذا كان الدين مستغرقا لأمواله كما يعرف ذلك في موضعه، فإذا لم يكن دينه مستغرقا وامتنع عن سداده قام القاضى مقامه في بيع مايوفي دينه، ولا يحجر عليه في التصرف حيئذ. وعند سداد الديون توفى أولا من النقود، فإن لم تف بيع المنقول قبل العقار، وبدئ منه بيع مايخشي عليه التلف، فإن لم يف ثمن المنقول بيع من العقار مايفي ثمنه، حتى إذا احتبج لبيع كل مايملك بيع، وترك له مايلزم لحاجاته الضرورية التي لايمكن الاستغناء عنها، كمسكنه بقدر حاجته، ونفقة من يعولهم شرعا مدة شهر، وحلة أو حلتين من ثيابه، على الخلاف في ذلك.

الحالة الثالثة: أخذ المالك بالشفعة.

⁽١) ذلك لأنه منم من حق الاحتفاظ بماله وأنفذت عليه إرادة غيره في بيع ماله. ولاشك أن هذا ضرب من لحج.

⁽٢) وعند سداد الدين من الشمن يقدم من الديون مابه رهن بقدر ذلك، وبعد ذلك يكون السداد بحسب نبة الديون الباقية بعضها إلى بعض. فإذا كان على شخص آلف جيه لآخر وخمسمانة لشان ومانة لثالث، بها رهن ثمنه مانينان، فسيعت أمواله بمبلغ ستمانة جنيه، فإنه يجب أولا أداء المائة من ثمن الرهمن ثم دفع الباقى نصاحب الألف وصاحب الخمسمانة ثلاثا، لصاحب الألف ثلثاه ولصاحب الخمسمانة ثلثه. فإذا كان ثمن الرهن خمسين جنيها فيقط دفع ثمنه كله لصاحب المائة، وكمان الباقى بين الثلاثة لصاحب الألف منه عشرون سهسما ولصاحب الخمسمانة عشرة أسهم وللمرتهن سهم واحد. وقد استدل الصاحبان بما روى عن رسول بين أنه بالحصص بين غرمائه.

خلاصة الباب

الميراث: بوفاة الإنسان يحل وارثه مسحله فيما يتسركه من مال أو حق هو في معنى المال فيصير مسالكا لهذا أو ذلك الحق، ويشبت هذا بطريق الخسلافة. ولذا لا يحتاج إلى قسبول وإنما يشبت ملك الوارث ويخلص بعد أن توفى ديون المورث فيشت حيشذ فيما تركه بعد سدادها، إذا لم تكن هناك وصية، فإن وجدت وصية وجب تنفيذها من الثلث ولا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة مادامت لأجنبى، فإن كانت لوارث توقفت على باقى الورثة كذلك(۱).

العقود الناقلة للملكية: هذه العقود تشمل البيع والهبة والصدقة، والوصية بالأعيان والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين نظير مال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت مالا، والتنازل عن بعض الحقوق نظير مال.

وهذه العقود لاتصح إلا في الأموال المتقومة، فتنتقل بها ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولا تجوز في الأموال المساحة، ولا فيما لا يجوز الانتفاع به شرعا، وقد استثنى من هذه القاعدة ثلاث أحوال لم يشترط فيها الرضا:

(الأولى) أخذ الملك للمنافع العامة، كتوسيع السطرق والمساجد؛ وذلك لان المصلحة العامة يسجب أن تتقدم المسلحة الخاصة، ومنها مسصلحة المالك، فإذا أبى أن يد ملكه لأجل هذه المنافع كان إباؤه ظلما وأخذ قهرا عنه.

و(التانية) بيع الملك جبرا عنه بواسطة القاضى لوفاء ماعليه من الديون عند امتناعه عن سدادها، لأن امتناعه ظلم، ولايمكن رفع هذا الظلم إلا بذلك. وهذا رأى الصاحبين. وذهب الإمام إلى عدم جواز بيعها في هذه الحال بواسطة القاضى وإنما يعزّر بالحبس حتى يبيع بنفسه.

و(الثالثة) الشفعة وسيأتي بيانها.

⁽١) هذا مذهب الائمة الأربعة ويلاحظ ماصدر به قــانون الوصية في الوصية بين الوارث والأجنبي في نفاذها من الثلث دون توقف على إجازة الورثة.

باب الشفعة

التعريف بها: الشفعة (۱) عند الشرعيين حق تملك العقار المبيع من مشتريه عا قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى. فإذا اشترك اثنان فى دار، فباع أحدهما حصته لثالث كان للثانى الحق فى أن يتملك هذه الحصة المبيعة من مشتريها، فيأخذها من ذلك الشخص الثالث بما دفع فيها من الثمن مضافا إليه ما استتبعه شراؤه إياها من نفقات ضرورية طابت نفسه بذلك فسلم راضيا أم لم تطب فألزمه القضاء بتسليمها جبرا.

وسمى هذا بحق المشفوع، وسمى صاحبه بالشفيع، ويسمى الفقهاء العقار المأخوذ بالمشفوع أو المشفوع فيه، وهى الحصة المبيعة، ويسمون مايملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة بالمشفوع به، وكثيرا مايستعملون شفع بمعنى طلب الأخذ بالشفعة.

شرعها: دليل ثبوت هذا الحق في السنة، ففي البخاري عن جابر بن عبدالله رضى الله عنهما قال: (قضى رسول الله بَشَيْخُ بالشفعة في كل مالم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت (٢) الطرق فلا شفعة).

وقال ابن المنذر (٣): أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يتاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط «بستان» ١. هـ وفى المغنى لأبى محمد عبدالله بن أحمد الحنبلى «المتوفى سنة ٣٦٠»: أنه لايعلم فى ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبى بكر الأصم (٤). ومثل ذلك فى كتاب نيل الأوطار.

⁽۱) الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة، شفعت الشيء شفعا من باب نفع، ضممته إلى الفرد فصار شفعا، وشفعت الركعة جعلتها اثتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها فيضم الد مالا غيره ويزيده ومنه قوله تعالى أمن يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها أى من يزد عمله فيضم عملا إلى عمل، وللشفعة استعمالان: أحدهما: أن تطلق على المال المشفع أى المأخوذ، وثانيهما: أن تطلق ويراد بها التملك لذلك المال. قبال صاحب الصحاح: ولايعرف لهذا العنى فعل، والشفيع صاحب الشفعة، وجمعه شفعاه.

 ⁽۲) صدرفت الطرق: أي بينت الشوارع ومنصارفها، مناخوذ من السنصدريف ا. هـ نهاية. والمعنى تبسين
 اتجاماتها، وجابر صحابي أنصاري له ۱۵۶۰ حديث توفي بالمدينة سنة ۷۸ سنة عن ۷۶ سنة.

⁽٣) هو إبراهيم بن المنذر بن عبدالله، أحد كبار العلماء المحدثين عن مالك وابن عينة توفي سنة ٢٣٦.

⁽٤) هو محمد بن الحسن الأصم، نوفي سنة ٣٢٠ كما في الجزء الثاني من تاريخ بغداد ص ١٩٣.

حكمتها: وحكمة شرعها: رفع ماقد يحيب الشريك من ضرر في شركته، واتقاء مايتوقع من ضرر قد يحدث له، إما بسبب مشاركته لشخص لاتؤمن عواقبه، وإما بسبب مسجاورته، فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ردىء الخلق سيئ المعاشرة، ذلك إلى ماينال الشنفيع منها من سعة في مسكنه قد تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته، أو زيادة في مزرعته تمكنه من الإحسان في استغلالها وإنماء غلاتها، والضرر يجب أن يدفع وأن يجتنب ما أمكن ذلك، لقوله عليه السلام: «لاضرر ولاضرار» وخاصة إذا ما أصاب الجار الذي يستحق الإكرام، لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» والمصلحة ضرب من الإكرام الذي أمر به للجار.

ولهذا كان شرع الشفعة متفقا مع أصول الشريعة العامة ومحتمقا لروحها، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود، وماسن لعقودها من قواعد، وماجعل لها من آثار.

فقد علمت مما مضى أن الآخد بالشفعة جبرا عن المسترى ينافى قاعدة اشتراط الرضا فى انتقال الملك من شخص إلى آخر، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة، ولم ينل البائع ولا المشترى بسببه عظيم ضرر، فقد توافر للبائع معه مايبغى من مال عوضا عن ملكه. وكان المشترى فى غنى عما اشتراه قبل شرائه، وقد وجد من هو أحق به منه، ومن فى صرف الصفقة عنه إلى غيره ظلم له فقدم عليه دفعا للإضرار به وتمكينا له من حقه، وماشرعت الشرائع إلا لهذه الغاية، فكانت شريعة الشفعة لذلك متفقة مع الأصول العامة.

سبب استحقاقها: ولا يثبت حق الشفعة إلا لمن يملك عقارا متصلا بالعقار المبيع، وإذن فسبب ثبوته له: هو اتصال عقاره بالعقار المبيع عند البيع، ولولا ذلك ماثبت له. وهذا الاتصال:

١ ـ قد يكون اتصال شركة في نفس العقار، وذلك إذا كان العقار المبيع
 جزءا شائعا مع عقار الشفيع في بقعة الأرض.

٢ ـ وقد يكون اتصال شركة فى حق الشرب أو حق الطريق، أو حق المسيل عندما يكون الحق خاصا.

٣ ـ وقد يكون اتصال جوار وملاصقة، وأنواعه ثلاثة، ولايشبت حق
 الشفعة إلا بواحد منها. وهاك بيانها:

ثبوت الشفعة بالسركة في العقار: الشركة في العقار إما أن تعمه، وإما أن تكون في جزء معين منه، ففي الحالة الأولى: يكون الشركاء شركاء في جميع العقار، وتثبت الشفعة لهم فيما يباع منه على السواء عدا البائع، فإذا اشترك قوم في أرض أو في منزل لكل منهم حصة شائعة كالثلث أو الربع، فباع أحدهم حصته أو جزءا منها كان لسائر الشركاء حق أخذ ما باعه بما يشبت لهم من حق الشفعة، فإن كان البيع لأجنبي عنهم استبدوا بالمبيع دونه. وإن كان لواحد منهم شاركوه فيما أخذ على السواء، أو على نسبة حصصهم كما سيأتي بيانه.

وفى الحال الثانية: يكون الشركاء شركاء فى ناحية من العقار، وذلك عندما تقتصر شركة الشركاء فيه على جزء معين منه، بينما يكون جزء والآخر جميعه ملكا لأحد هؤلاء الشركاء لاشريك له فيه، وصورتها: أن يكون لشخص دار يشاركه فى حجرة معينة منها آخر بحق النصف أو السدس مثلا، ففى هذه الحال إذا باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة، أو باع حصة فى هذه الحجرة، أو باع الدار ماعدا حصته فى الحجرة، أو باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها، أو باع حصة شائعة فيها كلها، أو باع جزءا معينا من الدار. ولو لم يكن بجوار هذه الحجرة، كان لشريكه فى هذه الحجرة حق الأخذ بالشفعة فى جميع هذه الأحوال، وكان فيها مقدما على الشركاء فى الطريق الخاص أو الشرب الخاص، وعلى الجيران؛ لأنه يعد شريكا فى نفس العقار مادامت الحجرة معتبرة جزءا من الدار، ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل. وهذه أصح روايتين رويتا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى (۱).

⁽۱) والرواية الأخرى: أن الشريك في بعض العقار لايستحق بموجب شركته إلا مايساع من جزئه المشترك. وعلى ذلك فالشريك في الحجرة فقط لايستحق بشركته إلا مايباع منها فقط، أما مايباع من بقية الدار فلا يستحقه إلا بسبب آخر كالشركة في الحقوق الحاصة إن كان شريكا فيها، فإن لم يكن شريكا في حق منها لم يستحق إلا بسبب الجوار، وعند ذلك يستوى في الاستحقاق هو ومن يشاركه في هذا السبب من الشركاء في الحق الحاص أو من الجيران، وظاهر عبارة النهاية وتعليق الرشيدى عليها: أن الشافعية يرون أن حق الاخذ بالشفعة لايشت إلا شركة في نفس المفار المبيع كله عدد ص ١٩٦٤، من الشفعة.

وكذلك إذا باع الشريك في الحجرة فقط حصته منها كان للشريك الآخر فيها _ وهو مالك بتية الدار _ حق أخذها بالشفعة بمقتضى شركته في الحجرة (١) .

واستحقاق الشفعة بسبب الشركة في العقار ثابت بحديث جابر السابق الذي رواه البخاري، ولايخالف فيه أحد من الأئمة.

فإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فاختص كل منهم بناحية منه معينة، فإنهم يصيرون بذلك جيرانا لاشركاء، ولايكون لأحدهم حق الشفعة في نصيب الآخر إذا بيع إلا عند أبى حنيفة، بسبب شركة في حق، أو بسبب الجوار كما سيأتي.

ثبوت الشفعة بالشركة فى حق العقار الخاص: يريد الحنفية بحق العقار الخاص حق الشرب الخاص، وحق الطريق الخاص، وحق المسيل الخاص.

والشرب الخاص: هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن، وقيل: مايتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهى ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل مايحصى شركاؤه. واختلفوا فى حد الإحصاء، فقال بعضهم: مادون عشرة، وقيل: مادون

⁽۱) وقد تجتمع هاتان الحالتان في عقار واحد، وذلك بأن يكون بعض العقار شركة بين كثيرين بينما يكون باقيه شركة أيضا بين بعض هؤلاه الشركاء دون سائرهم، وعند ذلك يكون الشركاء في المعقار من طرازبن شركاء في العقار، وشركاء في جزء معين منه، ومثال ذلك: دار تحوى مباني وحديثة. يشترك في حديثنها ثلاثة أشخاص. وفي بافي الدار اثنان منهم، فهذان الاثنان شريكان في جميع الدار، والثالث شريك في حديثتها فقط، فإذا باع أحد الاثنين حصته في جميع الدار لأجنبي كان حق الشفعة للآخر منهما أولا، فإذا سلم كان للنالث صاحب الحصة في الحديثة فقط، وقد علل ذلك صاحب المسوط بأن شركة الأول أعم لانها في جميع الدار، وشركة الناني أخص لأنها في حديثة الدار، ومن كان أقوى سببا قدم في الاستحقاق. ومن في جميع الدار، وشركة الناني لا شركة له فيه أخرى يرى أن الأول أولى بالشفعة من الشاني بالنظر إلى جزء الدار المبني؛. لأن الناني لا شركة له فيه واحد حتى لاتشجزا الصفقة، وإذا كان أحدهما أحق بالبعض من الأحر كان أحق بالجميم ا.هد من المسوط بتصرف دج١٤ ص١٠٩.

ولكن إذا كان المبيع حصة من الحديقة فقط فإن الشريكين الأخرين يستويان في استحقاق الشفعة لاشتراكهما معا فيها ولافضل لاحدهما على الأخر. وإذا كان المبيع حصة من جزئها المبنى فقط فإن حق الشفعة يكون أولا للشريك في كل الدار، فإن سلم كان للشريك في الحديقة بسبب شركته كالحكم في بيع جزء من جميع الدار، وذلك من طريق أولى كما هو ظاهر، وعلى الرواية الاخرى لأبي يوسف: لايكون الشريك في الحديقة إلا جارا للمبيع يستحق الشفعة بسبب الجوار إن لم يكن ثمة سبب آخر كالاشتسراك في طريق خاص، راجع في ذلك الفناوي الهندية صفحات ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ج٥ من الباب الثاني في مراتب الشفعاء.

أقول: وعلى ذلك فالشركاء فى العقار على مرتبستين: إحداهما فى الأخذ بالشفعة على الأخرى، الاولى شركاء البائع فيما باع حصة شائعة فيه كله، والثانية من عداهم من الشركاء فى بعض العقار، وهذا مايظهر لى من فروعهم وتعليلهم لأحكامها.

أربعين، وقيل : مادون مائة، وقيل مادون خمسمائة (١)، والأصح: أن اعتبار الشرب خاصا أو عاما مفوض إلى رأى القاضى.

والطريق الخاص عندهم: هو الطريق غير النافذ، ويريدون به أن يكون لأهله الحق في منع غيرهم من أن يستطرقه، ولو كان طريقا يصل بين طريقين (٢).

والمسيل الخاص: مايحصى الشركاء فيه، وقيل ذلك مفوض إلى رأى القاضي.

ولايثبت حق الشفعة بسبب الاشتراك في مشرب عام كنهر النيل أو ترعة عمومية ولابسبب الاشتراك في طريق عام، وهو ما لكل مار الحق في استطراقه، ولابسبب الاشتراك في مسيل عام، كمصرف عام، وعلى ذلك إذا بيعت أرض تشرب من نهر النيل لم يكن لأصحاب الأراضي التي تشرب منه حق أخذها بالشفعة بذلك السبب، وكذلك إذا بيعت دار بابها مشرع إلى طريق عام لم يكن لأرباب اندور التي أشرعت أبوابها إليه حق أخذها بالشفعة بسبب اشتراكهم في هذا الطريق،وإذا بيعت أرض لها حق الصرف في مصرف عام لم يكن لملاك الأراضي التي لها حق الصرف في مدا المدف.

إنما تثبت الشفعة عند الحنفية بالاشتراك في شرب خاص، أو بالاشتراك في طريق خاص، وهذا محل اتفاق بينهم، واختلفوا في ثبوتها، بسبب الاشتراك في مسيل خاص، فقيل تثبت به، وهو الأصح، وقيل لا شفعة بالشركة فيه (٣).

وعلى ذلك إذا بيعت أرض لها شرب في مجرى خاص، كان لأصحاب الأراضى الأخرى التي لها حق الشرب على هذا المجرى، حق أخذها بالشفعة، لا فرق بين أرض مجاورة، وأخرى بعيدة، ولا بين أرض على حافة المجرى التي بها الأرض المبيعة، وأرض على الحافة الأخرى، ولابين أرض تروى منه مباشرة،

⁽١) راجع رد المحتار في الشفعة (ج٥ص١٥٥).

⁽٢) راجع رد المحتار في الشفعة والإسعاف ص٢٣.

[&]quot; اجم الفناوي الهندية في الشفعة.

وأرض تروى منه بواسطة إمرار الماء من أرض أخرى إليــــها، ولافرق بين أن يكون البيع لأجنبى أو لشخص له أرض تروى من هذا المجرى(١).

وإذا بيعت دار أشرع بابها إلى طريق خاص، كان لجميع أرباب الدور المشرعة أبوابها إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة، سواء أبيعت إلى شخص لا حق له في هذا الطريق أم إلى شخص منهم. فإذا طلبوها جميعا قسمت عليهم وفيهم مشتريها، إن كان منهم، وكذلك لافرق بين دار ليس لها حق المرور إلا من هذا الطريق، ودار لها حق فيه، وحق في الطريق العام، بأن يكون لها بابان: باب في هذا الطريق، وباب في الطريق العام، ولا بين دار ملاصقة وأخرى غير ملاصقة إذا ماكانت أبوابها في الطريق الخاص (٢).

⁽١) إذا تفرع من المجرى الجاص مجرى خاص آخر فبيعت أرض شربها من المجرى الأسفل المتفرع كان حق أخذها بالشفعة للشركاء أخذها بالشفعة للشركاء أخذها بالشفعة للشركاء في المجرين الأعلى والأسفل لأنهم جميعا شسركاء في الأعلى وسيزداد بيسان ذلك في كلامنا على الطريق إذا تفرع منه طريق آخر.

⁽۲) وإذا تفرع من الطريق الخاص طريق خاص آخو منكسو عليه كان لاهل الطريق الثانى استياز على أهل الطريق الأول، فإذا بيعت دار أشرع بابها إلى الثانى كان حق الخذها بالشفعة لاهله فقط دون أهل الطريق الاول؛ لانهم ليسوا شركاء فى الثانى، إذ لا حق لهم فى استطراقه لعدم وجود دور مملوكة لهم في، ولكن إذا بيعت دار في الطريق الأول كان حق أخذها بالشفعة لاصحاب السطريقين جميعا: الأول والشائى، أما الاول فظاهر، وأما الثانى فلان لاهله حق المرور بالأول ليصلوا منه إلى طريقهم فكانوا من أهله أيضا، وقد يقال: إن الطريق الأول هو فى ذاته طريق خاص إلى الدور المشرعة أبوابها إلى الطريق الشائى، فالشركة فى الأول شركة فى الطريق الخاص الذى هو فى ذاته طريق تعد مو الطريق المؤسل الى الدار المبيعة مباشرة دون استطراق طريق أخر بعده، والطريق تنبت الشفعة بالشركة فيه سببا لاخذها بالشفعة، ولذا كانت الشركة فى الطريق الأول أم دار الشركة فى الطريق الأول سببا للشفعة فى دار بيعت فيه، سواء أكان لطالب الشفعة دار فى الطريق الأول أم دار الطريق الثانى بالشفعة فى دار بيعت فيه، ولم تكن الشركة فى الطويق الأول مببا للشفعة فى دار بيعت فيه، ولم تكن الشركة فى الطويق الأول، والأخسر فى الثانى، من الطريق الثانى والعسرة بالباب، ولذا تعتبس الدار التي يكون لها بابان أحدهما فى الأول، والأخسر فى الثانى، من الطريق الثانى والعسرة بالباب، ولذا تعتبس الدار التي يكون لها بابان أحدهما فى الأول، والأخسر فى الثانى، من دور كل طريق.

والظاهر من تعليل هذه الاحكام أن مسحلها حينما يكون الطريق المنكس المحاص مسدودا كما يستشفاد من الفتاوى البندية، أما إذا كان نافذا، وكان يتخد عادة للوصول منه إلى الطريق الأول، فيمر منه أهل دوره ليصلوا إليها كما يصرون من الطريق الأول إليها، فإن جميع اصحاب الدور المشرعة أبوابها إلى الطريقيين يكونون شركا، في كل من الطريقين، ولهم حق الاخذ بالشفعة بالنسبة إلى أية دار تباع في احدهما بلا فرق بين مالك الدار في الطريق الأول، ومالك الدار في الطريق الثاني. ويظهر أن اعتبار الطريق المنكسر النفرع عن آخر طريف مستلا الطريق الأول، ومالك الدار في العسرف فقط، وإلا فأى فسرق بين أهل هذا الطريق، وبين أرباب الدور الواقعة في نباية الطريق الأول، وهمو جزؤه الاخير الواقع بعد تفرع الطريق الثاني؟ وبعبارة أخرى: أى فرق بين المؤا وبين الطريق المناصلي، لايمرون في المؤلد وبين الطريق المناصلي، لايمرون في جزئه الاخير كما لايمرون في الطريق المناكسر المناكسر المناكسرة المناكسرة المناكسرة المناكسرة المناكسرة المناكسرة المناكس الم

وإذا كان لأرض حقان: حق في شرب خاص، وحق في طريق خاص، فبيعت فطلب أخذها بالشفعة كل من الشركاء في الشرب، والشركاء في الطريق، كان الشركاء في الشرب أولى من الشركاء في الطريق، كما أن الشريك في الطريق أولى من الشريك في الطريق أولى من الشريك في المسيل.

ومرجع ذلك إلى اختلاف الشركاء في قوة الاتصال، وتوقع الضرر بسببه، فأقواهم اتصالا الشريك في الشرب، لأن حياة الأرض ووفرة غلتها بوفرة مائها، ثم يليه بعد ذلك الشريك في الطريق، فالتزاحم فيه والخلاف عليه أقل منهما في الشرب، ودونهما في ذلك المسيل، إذ لايعنى الإنسان كثيرا بأن يكون له مسيل خاص.

وعلى ذلك إذا امتاز أحد الشركاء في حق الشرب بأنه شريك في الطريق، لم يقدم بسبب ذلك على سائرهم، وكذلك إذا استاز أحد الشركاء في الطريق بأنه شريك في المسيل لم يقدم عليهم بسبب ذلك؛ لأن التقدم بقوة السبب لا بتعدده.

ثبوت الشفعة بالجوار: يرى الحنفية أن حق الشفعة يشت للجار إذا كان ملاصقا بسبب جواره، فإذا بيسعت قطعة أرض، كان لمالك الأرض التي تلاصقها، حق أخذها بالشفعة، لايشترط في ذلك إلا أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من حدودها، امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصسر حتى لم يتجاوز شبرا، فالملاصق طول متر من حد، كالملاصق في الحدود الأربعة، لايستاز الثاني

⁼ وإن النظر بناه على مانقدم، يقضى بأنه إذا بيعت دار في آخر الطريق الأول، لم يكن لارباب الجزء الأول منه فيما منه فيها شفيعة، كما لم يكن لاهل الطريق الثاني. ولكن الحكم هو ماذكرناه أولا، وليس لمذلك من مرجم فيما أرى إلا مراعاة العرف وقد تعرض لذلك صاحب الكفاية فقال: إذا بيعت دار في السكة، كانت الشفعة بين أهل السكة كلبا، وإن لم يكن لاهل الجيز، الأعلى منها حق المرور في الجزء الاقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحلا فلكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض وهم أصحاب الدور المواقعة في أقصاها - أكثر من شركة البعض الآخر، والترجيح في الشفعة لايقع بالكثرة في الشركة، وعلى ذلك فلم بيق إلا أن اعتبار الطريق المنكس طريقين لا طريقا واحدا مرجعه إلى العرف. وقد يقال: لماذا لايكون لاهل السكة الأولى التي تفرعت عنها السكة الثانية حق الاخذ بالشفعة في دار بيعت في السكة الثانية، إذا مارغب عنها أهلها، إذ قد ينالهم ضرر حيد من مرور الدخيل في السكة الأولى إلى السكة الثانية. ويكون الحال كدار لها المساحة وفيها يوت، فإذا بع بيت منها ليس فيه شركة كمانت شفعته نشركاه في الساحة، فإذا رغبوا عنها كانت المسركاه في الطريق الخاص، كما في المبتدية؟ وفي الإمكان أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المتوقع من مرور دخيل اشترى السكة الأولى يتوقع من مرور دخيل اشترى دارا في السكة الأولى يسير فلا يترتب عليه حق شفعة، ولكن أليس هو بعيته المضرر الذي يتوقع من مرور دخيل اشترى دارا في السكة الأولى.

عن الأول بشىء ولا يشترط فى ذلك أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة، بل يكفى أن تتحقق مع العقار الذى بيع جميعه، أو بيع جزء منه، وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقا، فإذا بيع من دار جانب معين منها كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعئة، لافرق بين جار ملاصق لنفس الجانب المبيع، وجار لايلاصقه، وإنما بقية الدار(١). ولكن إذا تم العقد للمشترى ثم باع ذلك المشترى هذا الجانب مرة أخرى لم تكن الشفعة إلا لمن يلاصق هذا الجانب من الجيران، دون سائر جيران الدار الذين لا ملاصقة بينهم وبين هذا الجانب،ذلك لأن بيعه فى المرة الثانية كان بيعا له استقلاله عن الدار، وكان القصد إلى بيعه باعتباره عقارا مستقلا لا جزءا من الدار.

ومن الجوار الملاصق: اتصال العلو بالسفل، فإذا كان لشخص سفل دار، ولآخر علوها كانا جارين، وإذا باع أحدهما مايملك منها ثبت للآخر حق أخذه بالشفعة فيثبت لصاحب السفل بسبب الجوار حق الشفعة في العلو إذا بيع، مادام لم يوجد سبب آخر، كالاشتراك في الطريق الخاص، وإلا ثبت له حق الأخذ به، وكذلك يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفل بالشفعة إذا بيع لنفس السبب، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفل والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار فتسرى عليه أحكامه.

آراء العلماء في الشفعة بالسببين الأخيرين: وثبوت الشفعة بالشركة في الحق الحياص، أو بالجوار محمل خلاف بين العلماء، ذهب إليه الحنفية، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة، وفي رأيي أن خلافهم في هذين السببين يرجع إلى عدم العلم بما روى من الأحاديث التي جاءت بثوت الشفعة بهما، أو ي

⁽١) راجع الهندية فج٥ص٤٦٦ في الشفعة ومانقله رد المحتار عن القيستاني في كتاب الشفعة عند الكلام على حق الجار. ويؤيد ذلك مافي المبسوط: دار كبيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة منها أو قطعة معلومة، فلجار الدار من أي تواحيها الشفعة؛ إلان المبيع من جملة الدار، والشفيع جار للدار فكان جارا للمبيع إلى آخر ما جاه فيه، ولكن الذي في المتون أن مالك الدار إذا باعها إلا فراعا بسجوار جارها لم يكن لذلك الجار حق أخذها بالشفعة، لوجود الفاصل بين عقاره وبين المبيع وهو باقي الدار بعرض ذراع، والشرط في الأخذ بالشفعة التلاصق ولم يوجد، قال السرافعي في تقريره: والرأى الأول رواية الحسن عن أبي بوسف عن أبي حنيفة وهو أيضا رواية هشام عن محمد، وعلى ذلك في المائة رأيان، أخذ أصحاب المتون بأحدهما وهو عدم ثبوت الشفعة، بسبب عدم التلاصق، وأخذ صاحب المبسوط وغيره بالأخر، وهو أن الشرط هو التلاصق بالدار المبيع نفسه. راجع تقرير الرافعي في أول كتاب الشفعة، وفي باب ما يبطلها.

إلى عدم الاطمئنان إليها مع اطمئنانهم إلى صحة مارواه جابر قال: (قضى رسول يَكُلِّمُ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) فإنه دل على نفى الشفعة عند تحديد الحدود وإقامتها وتبيين الطرق وذلك موجود متحقق عندما يطلب الشريك في الحق الخياص الآخذ بالشفعة، وكذلك عند طلب الجار، فإن المبيع في الحالين محدد معين بينة طرقه، وإذن فلا شفعة فيه، بنص الحديث.

ولكن الحنفية يروون مع ذلك الأحاديث الآتية: (١) «جار الدار أحق بالدار من غيره». (٢) الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا». (٣) «الجار أحق بسبقه»، قيل يارسول الله، وماسقبه؟ قال: «شفعته»، ويروى «أحق بشفعته» والسقب في اللغة ماقرب من الدار، ومجموع هذه الأحاديث يؤيد رأى الحنفية، وهي في الحسن بعد بحث أسانيدها بحيث لاترد، والجمع بينها وبين الحديث الأول يسير عكن (١). وحكمة شرع الشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، ولذا كان رأى الحنفية أقوى وأصلح، وإليه ذهب كثير من السلف.

مراتب الشفعاء: إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء في العقار والشركاء في الحق الخاص، والجيران الملاصقون كان أولاهم بها الشركاء في العقار على الترتيب الذي ذكرناه، لايفضل أحدهم على من في درجته مهما امتاز عنه بسبب آخر من أسباب الشفعة، فإذا رغبوا عنها جميعا كان أولاهم بها الشركاء في الحق الخاص(٢) على الترتيب الذي بيناه، ولايفضل أحدهم على غيره بجوار، فإذا رغبوا عنها جميعا كانت للجيران الملاصقين، ولاتفضيل لبعضهم على بعض بطول التلاصق. فإذا رغبوا عنها بقيت لمن اشتراها.

⁽۱) قد يمكن الجمع بينها بأن يقال: إن حديث جابر لايدل إلا على ثبوت الشفعة في كل ما لم يقسم من العقار بسبب الشركة، وهذا لاينفي ثبوتها في العقار المقسوم بسبب آخــر كالجوار، وإذن يكون قول الراوى: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة: مرادا به نفى الشفعة بسبب الاشتراك؛ لأن الحديث فيها. وقيل : إن مذه الجملة استتاج من الراوى، فلا تكون حجة لأنها زيادة منه، وليست زيادة الراوى حجية.

 ⁽۲) إذا كان المبيع دارا لها شفيع هو شريك في طريقها الخاص ولها جار فاتفق الشريك مع المشترى على أنه
يأخذ نصف الدار بنصف الشمن ويترك له النصف الآخر جاز ذلك وكان للجار حبشة أن يأخذ النصف الذي
أبقى للمشترى بالشفعة بسبب الجوار ولايقى للمشترى شيه: مبسوط اج١٤٨ ص١٥٨٥.

وإنما قدم الشركاء في نفس العقار على الباقين؛ لأنهم أقواهم اتصالا به وأشدهم في الغالب حاجة إليه، وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع، ثم يليهم في ذلك الشركاء في الحق الخاص، فكانوا بعدهم مباشرة في المنزلة، ثم يليهم في ذلك الجيران، فكانوا أدناهم منزلة، وقد روى عن رسول الله في ذلك الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع، وفسر الخليط بأنه الشريك في الحق، وفسر الشفيع بالجار، وإلى هذا ذهب أئمتنا الشلائة في ظاهر الرواية (١١)؛ لأنهم جميعا أصحاب حق في أخذ المبيع بالشفعة، ولكنهم متفاوتون في القوة وسبب الاستحقاق، وليس من المكن إعطاء المبيع كله لكل نوع منهم، فوجب عند تعارضهم أن يقدم الأقوى سببالهم).

تزاحمهم: إذا طلب أخذ المبيع بالشفعة واحد من أى نوع أعطى له، فإذا طلب أكثر من واحد، وكانوا من مرتبة واحدة - على مابينا - قسم المبيع بينهم على حسب رءوسهم فلا يزداد شريك بالنصف على شريك بالربع، ولاجار فى جانبين أو ثلاثة على جار من جانب واحد، بل يقسم بينهم على السواء، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة على رءوس الرجال» ولأن أهل المرتبة الواحدة تساووا فى استحقاق أخذ المبيع، بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده، فجميعه من حقه، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء، لاستوائهم جميعا فى استحقاقه، كالشيء يدعيه اثنان، ويقيم كل منهما البينة على ملكه، وتساوى البينتان، فيقسم بينهما نصفين. وإذا ماتنازل أحد الشفعاء عن حقه لواحد منهم فى هذه الحال كان تنازله إسقاطا لحقه فى الشفعة، وكان نصيبه بين سائر منهما على السوية، لا يختص به من كان التنازل لأجله؛ لأن المتنازل لم يملك شيئا يصح أن يملكه لغيره.

⁽۱) وروى عن أبى يوسف رواية أخسرى وهي أن الشركاء في نفس العقبار إذا وجلوا كمان الحق لهم دون غيرهم وحجبوا من يليهم في المرتبة من الشركاء في الحق الحناص والجيران فلا يكون لهؤلاء حق الآخذ بالشفعة مع وجودهم، وسواء في ذلك أن يتمسلك بحق الشفعة الشركاء في نفس العمقار أو يرغبوا عنه، لأن الحق لهم، فإذا تنازلوا عنه منظم، ولايكون لغيرهم من بعد. وكذلك الحال بالنسبة للشركاء في الحق الحقاص مع الجيران.

⁽٢) كأصحاب ديون الصحة مع أصحاب ديون المرض إذا لم تف التركة إلا بديون فريق منهم، فإنه يقدم فى هذه الحال أصحاب ديون المصحة، فإذا تسازلوا عن ديونهم أعطيت التركة لأصحاب ديون المرض، وكذلك إذا تنازل الشركاء فى العقار كانت الشفعة للشركاء فى الحق الخاص. فإذا تنازلوا كانت للجيران.

وذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أنه إذا تعدد الشركاء فى العقار وطالبوه جميعا بالشفعة فيه قسم بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض (١) فإذا كان العقار مشتركا بين أربعة لأحدهم ثلثه (أربعة أسهم من اثنى عشر سهما) وللثانى ربعه اثلاثة أسهم من ١٢ سهما وللثالث سدسه اسهمان من ١٢ سهما وللرابع ربعه، فباع الرابع حصته لأجنبى فطلب أخذها بالشفعة الشركاء الثلاثة الباقون، فإنها تعطى لهم وتقسم بينهم قسمة تناسبية كما قدمنا، وبما أن مقدارها ثلاثة أسهم من ١٢ سهما تقسم على سهام الآخرين المبينة، وجملتها تسعة أسهم، فيخون لصاحب الثلث: سهم وثلث؛ لأن فيخص كل سهم منها ثلث سهم، فيخون لصاحب الثلث: سهم وثلث؛ لأن خصته فى العقار ثلاثة أسهم، ويخص صاحب الربع: سهم؛ لأن حصته فى العقار شهما،

ووجه ذلك أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم، وكأنه ثمرة من ثمراته، فيتقدر بقدره عند التزاحم فيها، ويستحقونها على حسب مايملكون من أصلها، كما يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه.

⁽١) اشترط مالك أن يكون الشركاء في شركتهم في درجة واحدة وذلك بأن يكون كل شريك أصلا في الشركة وليس خلفا عن غيره، أما إذا اختلفت الدرجة وذلك بأن تكون شركة بعض الشركاء ناتجة عن خلافتهم لشريك كان لمه حظ في العقار. فلا يكون جميع الشركاء سواء بل يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقبار. وذلك إنما يظهر في قيام الورثة مقبام مورثهم في الشركة واشتراك بعبضهم في سهم واحد من الميراث، فلو أن دارا كانت مشتمركة بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقسيقتين فباعت إحدى الجدتين حظها من الدار أو إحدى الزوجسين أو إحدى الشقيقتين فإن شريكتها في السهم تكون أولى من بقية الورثة ومن الشريك الاجنبي، فتكون الجدة أولى بأخذ حظ زميلتها الجدة لاشتراكهم في السدس، وتكون الزوجة أولى بحظ ضرتها لاشتراكهما في الربع، وتكون الشقيقة أولى بحظ شقيتتها لاشتراكهما في الثلثين، فإذا سلمت الشفعة من هي أولى كان الأحق بالاخذ بقية الورثة، فلهم المشفوع فيه على قدر سهامهم دون الأجنبي، فإذا سلم الورثة كان المشفوع فيــه للشريك الاجنبي، ولذا تقدم الاخت لاب فيما تبيعه الاخت الشــقيقة على بقية الورثة من البنات والزوجات لاشتراكهما أيضــا في الثلثين لانها تأخذ الــدس تكملة للثلثين، وفي المدونة: ورث أبناه دارا كان يشارك أباهم فيهما شريك آخر، فمات أحد الأبناء عن أولاد، فإن باع أحمد أولاد الولد المتوفي شقيصه قدم إخوته في الاخيذ بالشفعة، فيإن سلموا كانت الشفعة لأعصام البائع، فإن سلموا كانت للشريك الاجني، ولو باع احد مؤلاء الاعمام شقصه فالشفعة لبقية الاعمام مع بني أخيهم لقيامهم مقام أبيهم في الميراث، وإذا توفي شريك عن أصحاب فروض وعصبة فباع أحــد العصبة، كانت الشفعة بين جميع الورثة على السواه، إذ ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به، وإذا توفي شخص عن ورثة وموصى لهم بسهم شائع، فباع أحد المرصى لهم سهمه كان الأحق بالشفعة بقية الموصى لهم ثم الورثة، وقيل: إن الموصى له لايقدم على الوارث ولكن يقدم الوارث على الموصى له. راجع منح الجليل اج٣ ص١٦١٠.

ويمكن الحنفية أن يردوا على ذلك بأن الثمرة تتولد من الملك، فيكون لكل شريك فيها قدر ماتولد من ملكه. أما استحقاق الشركاء لملك غيرهم، وتملكهم له، فليس متولدا من ملكهم، إذ لايكون ملك غيرهم ثمرة من ثمرات ملكهم، وإنما استحقوه بأمر الشارع بوصف أنهم شركاء؛ دفعا للضرر عنهم، وهم في ذلك سواء، فيقتسمون على السواء.

شروط الشفعة

للشفعة أربعـة شروط: اثنان منها في المشفوع فيـه، واثنان في المشفوع به. فيشترط في المشفوع فيه مايأتي:

في أي مال تكون الشفعة؟

الأول. أن يكون عقارا، سواء أكان عينا مفرزة كدار، أم جزءا شائعا فيها كثلث وربع، وسواء أكانت العين مما يقبل القسمة كدار كبيرة أم كانت مما لايقبلها كحمام صغير مثلا، ففي كل هذه الأحوال يثبت حق الشفعة في العقار المبيع.

ولاتثبت الشفعة في منقول إلا إذا كان تابعا للعقار وبيع معه، سواء أكان متصلا به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع، أم كان متصلا بما هو متصل به: كالثمر على الشجر، أم كان غير متصل به، ولكنه من لوازمه كآلات الحراثة والسقى ونحوها للأراضى الزراعية. أما إذا بيع شيء من ذلك استقلالا دون أن يباع مع العقار، فلا تشبت فيه الشفعة اوكذلك الحكم إذا بيع مع العقار المنقول ماليس متصلا به ولم يكن من لوازمه وأدواته.

وعلى ذلك إذا كان بناء مشتركا على أرض محكرة، فباع أحد الشركاء فيه حصته لم يكن لشركائه فيه حق أخذها بالشفعة؛ لأن البناء منقول، ولا شفعة فى المنقول إلا إذا كان مبيعا مع العقار وتابعا له، وإذا بيعت ضيعة بما عليها من حظائر ومخلزن، وما فيها من أشجار ونخيل وآلات زراعية، فإن حق الشفعة يثبت فى جميع ذلك من عقار ومنقول لجيران الضيعة أو لشركائها فى حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص، وإذا بيعت دار مع سيارة كان للشفعاء حق أخذ الدار دون السيارة؛ لأنها غير تابعة للدار.

هذا ماذهب إليه الحنفية: وقد استدلوا على ذلك بقوله رَاكِيَّةُ : "لاشفعة إلا في ربع أو حائط، رواه جابر ـ والربع الدار، والحائط البستان؛ ذلك لأن العقار يبقى على الدوام، فيدوم ضرره، بخلاف المنقول، فليس له بقاء العقار.

وذهب المالكية أيضا إلى أنها تشبت فى العقار، ولكنه يشمل عندهم الأرض والبناء والشجر، وألحقوا به الثمر على الشجر فأثبتوها فى الأثمار إذا كانت أصولها باقية بعد جنيها وإن بيعت مفردة عن أصولها (١)، ولم يثبتوها فى غير ذلك من المنقول.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أضيق من ذلك فأثبتوها في العقار إذا كان مما يقبل القسمة، ولم يثبتوها فيما لايقبل القسمة منه، وهو رأى لبعض المالكية، كما في منح الجليل، وقد بنوا ذلك على أنها شرعت لدفع المضرر الناتج من القسمة ونفقاتها، وذلك لايتوقع فيما لايقبلها، فلم تثبت فيه، راجع النهاية وكشاف القناع في الشفعة.

وذهب بعض السلف كعطاء وجابر إلى أن الشفعة تشت فى كل مبيع مشترك، عقارا كان أو منقولا، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر (٢)، فقالوا بثبوتها فى كل جزء بيع مشاعا فى أرض أو شجر أو ثوب أو سيف أو آنية أو طعام، لايحل لمن كان له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه، فإن رغبوا فيه

(٢) وهو قول أهـل مكة ونص عليه الإمـام أحمد في رواية حـنبل. راجع إعلام الموقــعين (ج٢ ص١٤٧٠ ومابعدها.

⁽۱) في المدونة هج ۱۶ ص ۱۰ قال مالك: الاسفعة إلا في المدور والأرضين والنخل والشجر والثمر، ولا شفعة في دين ولا حيوان ولاسفن ولابيز ولاطعام ولا في شيء من العروض ولا في سارية ولا حجر ولا في شيء من الأشياء سبوى ماذكر سواء أقبل القسمة أم لا . ا. هـ من باب ما لاتقع فيه الشفعة . وعليه إذا كان شيء من الأشياء سبوى ماذكر سواء أقبل القسمة أم لا . ا. هـ من باب ما لاتقع فيه الشفعة . وعليه إذا كان لسائر الشركاء أخذها بالشفعة ، ولكن يقدم عليهم في أخذها رب الأرض إن كانت العارية مطلقة . ولا يأخذ الحصة بما قامت به حتما بل يأخذها بأقل البدلين: قيمة النقض والثمن الذي قامت به، وهذا إذا كان بيع الحسمة بعد انقضاء الملة التي تعار لاجلها مثل هذه الأرض لهذا الغرض. أما إذا حصل البيع قبل انقضاء هذه الملة فإنه يأخذ الحصة بأقل البدلين: قيمتها قائمة إلى نهاية الملة والثمن الذي قامت به . فياذ كانت العارية مقيدة بمدة فيعت الحصة قبل مضيها، لم يكن للمسعير حق التقدم في أخذها على الشركاء، ولا يأخذ المعير في هذه الأحوال بحق الشفعة، بل يأخذ لدفع الضرر عن نفسه ولان ضرره أعظم قدم على الشركاء، وكذلك إذا كان الشركاء شركاء في ثمر على شجر استحقوه بالماقاة، أو بالوقف فباع أحدهم حصته فيه كان لسائر الشركاء حق أخذها بالشفعة وكذلك كل شهرة تمنى ويقى أصلها كالباذنجان ونحوه . منح الجليل هج ٣ ص٩٥٠٠.

باعه لهم، وإن رغبوا عنه سقط حقهم، وليس لهم طلبه بعد ذلك بالشفعة، فإن باعه لغيرهم قبل أن يعرضه عليهم كان لهم حق أخذه بالشفعة، ويستدلون على مذهبهم بأن حق الشفعة إما أن يكون ثابتا بطريق النص أو بطريق النظر، فإن كان ثابتا بالنص فقد روى عن النبي عليه أنه قال: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء» وإن شيء» وروى جابر عنه فقال: «قضى رسول الله عليه بالشفعة في كل شيء» وإن كان ثابتا بطريق النظر فلم يثبت إلا لدفع الضرر، والنضرر كما يوجد ويتوقع في العقار يوجد ويتوقع في المعقار يوجد ويتوقع في المعقار يوجد ويتوقع كذلك في المنقول، بل قد يكون في المنقول أشد، وعلى الجملة فضرر الدخيل عند الشركة في المنقول(١).

الشفعة في العلو :

وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فأثبتوا فيه الشفعة إذا بيع، وأثبتوا به الشفعة أيضا إذا بيع سفله أو عقار بجواره، ذلك لما للبناء المستعلى من حق البقاء والقرار على السفل. فكان كالعقار في دوامه، فألحق به.

وعلى ذلك إذا كان العلو لشخص والسفل لشخص آخر فباع صاحب العلو علوه لأجنبى كان لصاحب السفل أخذه بالشفعة بسبب الجوار، وكذا يكون للجيران الآخرين ـ وهم أصحاب الجوار الجانبى ـ أن يشركوا صاحب السفل فى هذا الطلب، فيقسم العلو عليهم جميعا، إلا أن يتقدمهم صاحب السفل بأن يكون شريكا فى حق خاص للعلو كالطريق الخاص، والنتيجة أن الجوار الرأسى لايفضل الجوار الجانبى فى استحقاق الشفعة به (٢).

ولم يلحق الحنفية بالعقار بناء المحتكر على الأرض المحتكرة وإن كان له حق القرار؛ لأن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجر مثل الأرض، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء، ولذا لايسماثل حق العلو في بقائه ودوامه، فلم يكن مثله في أحكامه.

⁽١) راجم المحلى لابن حزم في الشفعة.

⁽٢) لا يرى الشافعية والحنابلة ثبوت الشفعة في البناء ولو كان علوا على سفل ولاتثبت فيه عندهم إلا إذا بيع مع العقار فتثبت فيه تبعا. وأثبتها بعض الشافعية في العلو المشترك إذا كان سطحه مشتركا بين الشركاء فيه بحجة أنه كالبناء على الأرض اراجع نهاية المحتاج وكشاف القناع.

لا شفعة إلا عند معاوضة

الثانى أن يخرج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا بعوض مالى، فلاحق لأحد فى أن يتملك عقارا جبرا عن مالكه، إذا لم يقدم مالكه على إخراجه من ملكه، لأن مالك الشيء أولى به من غيره، وكذلك إذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات ولاقاطع، لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن حقه فيه لايزال باقيا، كما إذا باعه بيعا فاسدا فقبضه المشترى، فإنه بالقبض يخرج من ملك صاحبه، ويثبت الملك فيه للمشترى ولكن على وجه غير بات، إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى باثعه، ولذا كان حق باثعه فيه لم ينقطع، وكان أولى به من غيره، فلا يثبت لشفيع حق شفعة، ولكن إذا أصبح هذا الملك باتا بأن فعل فيه المشترى مايمنع رده إلى بائعه، كأن يزيد فيه زيادة لايمكن أن يسلم بدونها، تثبت فيه الشفعة حينشذ لانقطاع حق باثعه في استرداده. ويتملكه بالقيمة لا بالثمن. كما في المسوط «ج١٤ ص ١٤٩».

حق الشفعة عند التبرع:

وكذلك الحكم إذا خرج من ملك صاحبه في غير معاوضة، فلا يكون لأحد حق أخذه بالشفعة، كما إذا وهبه بغير اشتراط عوض، أو تصدق به، أو وقفه أو أوصى به، أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته؛ ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا في نظير عوض يتساوى مع ماقوبل به من مال عند خروجه من ملك صاحبه وماترتب على ذلك من نفقات، فيتملكه الشفيع بمثل ذلك إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا حتى يتحقق بذلك لصاحبه مااستحقه في نظير إخراجه من ملكه، ويتم لمتملكه منه استيفاء ما أنفقه في سبيل تملكه. وهذا لايمكن تحقيقه عندما يخرج العقار من ملك صاحبه بالمجان، لأنه لم يقابل بشيء، وليس مما يقبل أن يتملكه الشفيع حينتذ بالمجان، لأن مالكه إنما تبرع به لغرض خاص لايتحقق بالتبرع لغيره، وإعطاؤه للشفيع بالمجان مضيع لذلك الغرض، وكذلك لايقبل أن يتملكه بقيمته من المتبرع له؛ لأن أساس أخذ العقار بالشفعة من مشتريه أن الشفيع أولى منه بشرائه، فأمكن لذلك توجيه الصفقة إليه، ولكنه ليس أولى بأن يتبرع به له كما ذكرنا، فلم يجز له أن يحل محل المتبرع له، ولا أن يتملكه جبرا عنه بقيمته له كما ذكرنا، فلم يجز له أن يحل محل المتبرع له، ولا أن يتملكه جبرا عنه بقيمته إذ لاحق له فيه عند ذلك، وذلك محل اتفاق بين الأئمة الأربعة.

الشفعة عند المعاوضة بما ليس مالا:

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا أخرجه صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا، كأن جعله مالكه مهرا، أو بدل فرقة من زواج، أو أجرا على عمل أو نظير منفعة، فإن حق أخذه الشفعة لايثبت فيه لأحد، ذلك لما قدمنا من أن التملك بالشفعة إنما شرع بمثل ماتملكه به من صار مالكا له، أو بقيمته، ولايمكن ذلك في هذه الأحوال؛ لأن بدله ليس بمال، فلا مثل له من الأموال ولاقيمة، فلم يكن أخذه بالشفعة لذلك مشروعا، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل أيضا.

وذهب الشافعى إلى ثبوت الشفعة فى هذه الأحوال لإمكان تقويم العوض فيها، والأخذ بقيمته، فإذا جعل مهرا أخذ الشفيع بمهر المثل، وكذلك إذا جعل بدل فرقة من طلاق أخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة؛ لأن الزوجة ما بذلته لزوجها فى هذه الحال وماقبله الزوج كذلك إلاعوضا عما كان له من حق التمتع بزوجته وهو يقدر بمهر المثل، وإذا جعل بدل عمل أو منفعة أخذه بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعروفة لهذه المنفعة.

وذهب مالك إلى إثبات الشفعة في هذه الأحوال أيضا، غير أن الشفيع إذا أراد أن يأخذ العقار فلا يأخذه إلا بقيمته، لابقيمة بدله.

وبناء على ماتقدم فإذا تزوج شخص امرأة على حصته من هذه الدار، وهى النصف فقبلت، أو طلقها نظير حصتها فى هذه الدار وهى النصف فقبلت، أو أعطى طبيبا نصف دار مشتركة بينه وبين غيره نظير قيامه بعلاجه، أو أعطاه محاميا نظير دفاعه عنه فى خصومة، أو دفعه أجرة على زراعته لهذه الضيعة سنة، لم يثبت لشفيع فيها حق الشفعة عند أبى حنيفة وأحمد، ويثبت للشريك فيها حق الشفعة فى هذا النصف، فيأخذه إن أراد من الزوجة بمهر مثلها فى الصورتين الأوليين، أو من الطبيب أو من المحامى، أو من مؤجر الضيعة بأجر المثل فى باقى الصور عند الشافعى، ويأخذه بقيمته فى جميع هذه الصور عند مالك لابمهر المثل، ولا بأجرة المثل.

⁽١) وقول مالك أعدل، فقد يتسامح في المهور زيادة ونقصا فتعطى الزوجة نصف دار قيمته أضعاف مهر مثلها أو على النصف من مهر مثلها. فإذا أخذه الشفيع بمهر المثل دفع فيه أقل من قيمته في الصورة الأولى رضعف قيمته في الصورة الثانية. وليس في ذلك معادلة.

وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع :

أما إذا أخرجه مالكه من ملكه بمعاوضة، وكان العوض فيها من الأموال، فإنه يشبت للشفيع حق أخذه بالشفعة اتفاقا على أن يدفع ذلك العوض، وعلى ذلك فحق الشفعة لايثبت للشفيع إلا في الأحوال الآتية، إذ لاتتحقق المعاوضة على هذا الوجه إلا فيها:

(۱) البيع - فإدا باع العقار مالكه ببدل مثلى أو قيمى كان لشفيعه حق أخذه بالشفعة على أن يدفع مثل ذلك البدل إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، فإذا كان البدل عقارا ثبت فيه أيضا لشفيعه حق أخذه بالشفعة، على أن يدفع فيه قيمة العقار الأول، وإذا كان العقار موقوفا فبيع بمسوغ شرعى ثبت لجاره أو للشريك فى حقه الخاص حق الشفعة فيه، لخروجه حينئذ عن حالته ودخوله فى ملك مشتريه(۱).

⁽١) وهذا إذا كان عقد البيع خاليا من اشتراط الحيار للبائع، أما إذا شرط فيه للبائع الحيار في أن يمضى العقد أو ينسخه، فلا يثبت في العقار حينل حق الشفعة لأحد؛ ذلك لأن اشتراط هذا الحيار للبائع يمنع المبيع من أن يخرج من ملكه، بل يظل على ملكه حتى يختار أو تمضى المئة المعينة للخيار كما سياتي، فإذا أمضى العقد أو مضت مدة الحيار دون أن يفسصح عن نيته نفذ وثبت حق الشفعة في المبيع لحروج المبيع عن ملكه حيننذ، ولكن إذا اختار في مدة الحيار في فسخ العقد انفسخ ولاشفعة.

ويلاحظ أن من له حق الشفعة إذا باع عـقاره الذى يشفع به لأخر قبل سقوط الحسيار لم يكن لمن اشتراه منه حق الاخذ بالشفعة، لانه لم يكن مالكا عند إنشاء عقد البيع الذى ترتب عليه حق الشفعة، ولأن خروج المبيع من ملك البائم يستند إلى ذلك الوقت فلابد من تحقق شرط الأخذ بالشفعة فيه.

وأما إذا اشترط هذا الخيار للمشترى فإن الشقعة تثبت في العقار المبيع؛ لأن هذا الشرط لايمنع نفاذ العقد في إخراج المبيع من ملك باتعه، وبخروجه من ملك باتعه تبت فيه الشفعة، إذ لا خيرة له في هذه الحال بل الخيرة للمشترى، فإذا طلب الشفيع في هذه الحال أخذه بالشفعة أعطى له دون توقف على معرفة رأى المشترى، حتى إذا اختار المشترى حيتذ أن يفسخ العقد فقسخه لم يؤثر ذلك في حق الشفيع فيبقى، بل شبعته لأن حقه قد ثبت فلا يكون لغيره سلطان عليه في إيطاله قهرا عنه، ومثل ذلك في الحكم ما إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب، فإن حق الشفعة يترتب على العقد لخروج المبيع من ملك البائع مع ثبوت هذا الخيار، وإذا اختار المشترى فسخ المقد في الحالين لم يؤثر ذلك في حق الشفيع لما قمعتاه. ا.هـ. من رد المحتار نقلا عن الشرنسبلالي فيح وص

وإذا اشترط ذلك الحيار للشفيع فإن شرطه له البائع كان كأنه شرطه لفسه فلا شفعة، فإذا اختار الشفيع فسخ العقد فكذلك الحكم لارتفاع العقد، وإن أنفذه بطلت شفعته إذ يعتبر بذلك كأنه مملك لمشتر وراض بجواره، وهذا إذا رضى الشفيع بأن يشترط له الحيار فاختار، أما إذا أبى ذلك أو سكت حتى انتهت مدة الحيار كان له حق الشفعة. وإن شرطه له المشترى كان كأنه شرطه لتفسه، وهو إذا شرطه لنفسه كان للشفيع حق الشفعة فيثبت حيتنذ للشفيع حق الشفعة والمبياء الشفيع على الشفيع على الشفعة فيثبت حيتند

(ب) الهبة بشرط العوض. كأن يهب إنسان هذه الدار لآخر على أن يعوضه عنها هذه الجوهرة. وهذا النوع من الهبة يعده زفر بيعا فعثبت الشفعة فى الدار بمجرد تمامه بالقول، أى عقب الإيجاب والقبول، ويعده أبو حنيفة وصاحباه هبة فى الابتداء، وبيعا فى الانتهاء، ولذا لايثبتون حق الشفعة فى الدار لشفيعها إلا بعد التقابض، أى بعد تسلم العقار، وقبض الجوهرة، لأنه قبل التقابض يعتبر هبة عندهم، فلكل من الواهب والموهوب له أن يرجع عنه، ولا يشبت به الملك فى البدلين معا إلا بالتقابض، فلا يترتب عليه ثبوت حق الشفعة إلا بعده، لتمام الملك فى كل بدل ولزومه حيشذ (۱)، وإذن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه، وهو الموهوب بقيمة مادفع فيه من عوض إن كان قيميا، وبمثله إن كان مثليا.

(ج) الصلح - فإذا ادعى إنسان على إنسان آخر حقا هو مال وطالبه به فصالحه عليه بعقار قدار أو أرض زراعية الله الله الله فإن حق الشفعة يثبت فى الدار أو فى الأرض؛ ذلك لأن كلا منهما قد خرج بالصلح من ملك صاحبه ودخل فى ملك المدعى عوضا عما كان يطلبه من مال فى دعواه على أية حال سواء أكان المدعى عليه قد أقر بالدعوى أم أنكرها أم سكت عن ذلك وطلب هذا الصلح وأنفذه، وكأن المدعى قد اشتراه بذلك المال المطلوب فيثبت فيه للشفيع حق الشفعة. وأما إذا كان العقار هو المطلوب بالمدعوى فصالح المدعى عليه مدعيه بمال دفعه إليه، فإن كان ذلك الصلح بعد إقراره بالدعوى ثبت حق الشفعة فى العقار المطلوب بالدعوى، إذ قد ظهر بإقرار المدعى عليه أن هذا العقار ملك للمدعى وقد الشفعة، ولكن إذا كان هذا الصلح بعد إنكاره للدعوى أو لم يسبقه إقرار منه ولا إنكار، فلا يشبت فى هذا الصلح بعد إنكاره للدعوى أو لم يسبقه إقرار منه ولا عليه ولم يخرج من ملك أحد إلى ملكه، وإنما استمرت ملكيته له، وما دفع المال عوضا عنه على وجه التحقيق، إذ من المحتمل الذى يؤيده عدم إقراره بالدعوى، وفتداء لليمين.

ويشترط في المشفوع به مايأتي:

⁽١) راجع الهندية وتكملة ابن عـابدين والمبــوط ج١٢ ص ٨٠ ومنه تعلم أن الملك في البــدل يثبت لمن قبــفــه بمجرد قبضــه ولايتوقف على قبض البدل الآخر، ولكن لاتثبت الشــفعة في البدل المقبوض إذا كــان عقارا إلا بعد قبض البدل الآخر، حتى يتحقق أنه قد خرج من ملك صاحبه نظير عوض هو مال، ولائها لاتصير بيعا إلا بالتقابض.

الشفعة بالعقار:

الأول ـ أن يكون عقارا، فلا تستحق الشفعة بمنقول؛ ذلك لأن سبب استحقاقها إما الشركة ـ ولا شفعة في منقول عند الاشتراك فيه كما قدمنا، خلافا لمن رأى ذلك ـ وأما الاشتراك في حق خاص من شرب أو طريق أو مسيل. ولا يكون ذلك مقررا على منقول، ولا مقررا لمنقول كما قدمنا. وإما الجوار والجوار بسبب المنقول لايدوم، ولايترتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم لدوام ضرره دون المؤقت.

وعلى ذلك إذا استؤجرت أرض للبناء، فبنى عليها المستأجر، ثم باعها مالكها لم يكن للمستأجر حق أخذها بالشفعة اتفاقا، أما عند الحنفية، فلأنها لاتستحق بالمنقول، وأما عند غيرهم فلأنها لاتستحق بالجوار.

الشفعة بالعلو:

وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار كما قدمنا، فتستحق به الشفعة، فإذا كانت دار بين شخصين لأحدهما أرضها وسفلها، وللآخر علوها، فباع صاحب السفل مايملك منها ثبت لصاحب العلو فيه حق الشفعة؛ لأنه جار، وجواره دائم، ولذا يشاركه من يجاورها من جهاتها الأربع، إلا أن يكون صاحب العلو شريكا في طريقها الخاص، فيتقدم على الجيران إذا لم يكونوا شركاء فيه، وكذلك الحال إذا باع صاحب العلو علوه، فيكون لصاحب السفل حق أخذه بالشفعة بسبب الجوار، حكمه في ذلك حكم صاحب العلو في الحال السابقة كما بينا(۱).

⁽۱) وإذا كان سفل الدار لشريكين فيه، والأحدهما علوها شركة بينه وبين شخص ثالث، فباع الشريك في العلو السفل والعلو جميعا مايملك فيهما كان لشريكه في السفل حق أخذه بالشفعة وحده، وكان لشريكه في العلو حق أخذه بالشفعة وحده، وكان لشريك في العلو حق أخذه بالشفعة وحده، وكان لشريك في العلو شريك أيضا في نفس السفل وجار للعلمو. والشريك في العلو شريك أيضا في نفس الملفو وجار للسفل، فيتقدم كل منهما فيما هو شريك فيه على الآخر؛ الآن الشريك في نفس المشفوع فيه أولى من الشريك في حقه الحاص، وأولى من جاره، ولو كانت الدار مكونة من ثلاث طبقات وهي بين ثلاثة أشخاص لكل منهم طبقة منها، فباع صاحب الطبقة المغلى طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط بخواره، إلا أن يكون هو وصاحب الطبقة العليا شريكين في طريقها الخاص، وإذا باع صاحب الوسطى طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط، إلا أن يكون حق الشفعة للأوسط فقط، إلا أن يكون شريكا مع الأمغل في الطريق الخاص، وكذلك يشاركهم جيرانهم الدار متى كانوا ملاصقين، الآن الاستحقاق بالجوار. فإذا كان المبيع بعض علو الدار فإن حق الشفعة يثبت لجار الجانب الذي بيع علوه لملاصقيته، دون جار الجانب الآخر من الدار.

وإنما يثبت لصاحب العلوحق أخذ السفل بالشفعة عند بيعه، وإذا كان بناؤه قائما اتفاقا، فإذا انهدم بناؤه، فباع صاحب السفل سفله قبل أن يجدد صاحب العلو علوه لم يكن له حق الشفعة؛ لأنه يأخذ بالجوار، وقد زال بزوال البناء، وهدا رأى أبى يوسف، وذهب محمد إلى أن حق الشفعة يثبت له فى هذه الحال أيضا، لأنه لم يستحق الشفعة بسبب البناء، بل بحق القرار، وهو باق بعد انعدام العلو، وهذا أرجح القولين (۱).

ملك الشفيع لما يشفع به:

الثانى ـ أن يكون عملوكا للشفيع وقت العقد (٢) وأن يستمر ذلك إلى أن يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، فإذا بيع عقار كان حق أخذه بالشفعة لمن يملك الأرض الملاصقة له وقت عقد البيع بشرط أن تستمسر ملكيته لها إلى أن يتملك العقار المبيع، فإن باعها لآخر قبل أن يتملك العقار المبيع سقط حقه في الشفعة لعدم بقاء ملكيته إلى وقت التملك بها، ولم يكن لمن اشتراها حق أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا؛ لأنه لم يكن مالكا لهذه الأرض وقت بيعه.

لا شفعة بالوقف :

وبناء على ذلك لايشبت بالعقار الموقوف حق الأخذ بالشفعة إذا مابيع مايلاصقه من الأراضى، لا لناظره، ولا للمستحقين فيه، لعدم ملكهم (٣)؛ ذلك لأن شرع هذا الحق إنما كان لدفع الضرر الدائم، ويد الناظر ليست دائمة، إذ قد يعزل. والمستحق إن كان منتفعا بنفسه شبيه بالمستأجر، ومع ذلك قد تؤجر العين لغيره فلا يدوم انتفاعه.

⁽١) راجع الفتاري الهندية ج٥ ص١٦٤.

⁽۲) يرى الشافعية صلاحية المسجد وأمثاله كالمستشفى ـ لأن يتملك، فلو تملك حصة فى عقار بشراء أو هبة لنصوف فى عمارته فباع الشريك حصته، فللقيم على المسجد أن يأخذ بالشفعة إذا رأى أن ذلك من مصلحته كما يثبت كذلك للإمام الاخذ بالشفعة باعتباره قيما على بيت المال، إذا كان لبيت المال حصة شائعة فى عقار، وياع شريكه فيه حصته. واجع الروض ج٢ ص٣٦٥.

⁽٣) وقال مالك: من حبس حصة من دار على رجل وولده لاتباع ولا توهب فباع شريكه الذى لم يحبس نصيه منها، فاراد المحبس أخذه بالشفعة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له اصل يأخذ به، إلا إن أراد أخذه ليلحقه بالجزء المجبس في تحبيسه، فله ذلك، وإن أراد المحبس عليهم أخذه فليس ذلك لهم؛ لأنهم لا أصل لهم وقال ابي حبيب وابن الماجشون وأصبغ: إن أراد المحبس عليهم أخذه لإلحاقه بالمحبس فلهم أخذه بالشفعة، لأن المحبس هو الشريك وعلى هذا بني بعض المالكية رأيه، فقال: إن ناظر الوقف لو أراد أخذه لذلك جاز، ولكنه خلاف الأصح، راجع منح الجليل ج٣ ص١٨٥.

دوام ملك الشفيع إلى الأخذ:

ويجب أن يستمر ملك الشفيع للمشفوع به _ كما قدمنا _ إلى وقت الأخذ بالشفعة، فإذا زال بسبب من الأسباب قبل الأخذ سقط حق الشفعة.

ومما يتفرع أيضا على هذا: أن الشفيع إذا ماتوفى بعد البيع وقبل أن يتملك المشفوع فيه سقط حقه فى أخذه بالشفعة، سواء أطلب أخذه أم لم يطلب، لزوال ملكه قبل الأخذ ثم لم يكن لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية؛ لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت عقد البيع، وإنما كان المال لمورثيه.

وراثة حق الشفعة :

وكذلك لايتتقل إليه هذا الحق بالوراثة؛ لأن حق الشفعة لايورث عند الحنفية، إذ هو إرادة ومشيئة، والوارث لايرث مورثه في رغباته، لأنها صفات شخصية.

وذهب الشافعى ومالك إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه؛ لأنه حق متعلق بالمال، وقد ثبت لصاحبه بسبب مايملك من عقار، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ماتقـرر بالمطالبة، لتأكده وتحققـه حينئذ. أما قبل المطالبة به فلا يورث.

وعليه: إذا توفى الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بها عند أبى حنيفة، وكان له ذلك عند الشافعي ومالك.

وأما عند أحمد: فإن توفى بعد المطالبة بها كان لوارثه حق الأخذ بها، وإن توفى قبل المطالبة بها لم يكن له هذا الحق(١).

⁽۱) هذا مبنى على القول بأن الشفيع لايتملك المشفوع فسيه بالمطالبة، هو أحد قولين للحنابلة. أما على القول الذى اقتصر عليه صــاحب الكشاف، وهو أن الشفيع يتملك المشفوع به بمجرد طــلبه، فإن الوارث حيتنذ لايرث حقاً وإنما يرث عقارا. وعلى هذا القول لايورث حق الشفعة. «كشاف ج٢ ص ٣٨٠، ٢٩٠.

طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة طلب الشفعة

، لايتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه بالشفعة، ولايكون طلبه مؤديا إلى ذلك إلا إذا تحقق فيه أمران:

طلب المشفوع فيه جميعه: أحدهما: أن يعم العقار البيع جميعه، سواء أكان حق الشفعة لواحد أم لأكثر، وسواء أكان الشفعاء في مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أم من كثير منهم، فإذا بيع عقار مشترك وله حقوق خاصة مشتركة وله جيران متعددون، فلكي يتمكن كل منهم من أن يتملكه بحق الشفعة إذا ما أصبح له حق الأولوية في الأخذ بالشفعة، يلزم أن يطلب كل منهم أخذه جميعه بالشفعة عند علمه بالبيع.

طلب بعضه: فإذا طلب أحد الشركاء فيه أن يأخذ مايخصه منه فقط، ولم يطلب بقيمته اعتمادا على أنها حق لغيره من الشركاء. لم يكن لهذا الطلب اعتبار، وسقط به حقه في الشفعة عند محمد _ رحمه الله تعالى _ إلا أن يكون ذلك مسبوقا بطلب الكل.

وقال أبو يوسف: لايسقط بذلك حق الشفيع؛ لأن حقه فى أخذ كل المبيع ثابت فلا يسقط إلا بمسقط له ولم يوجد، فيبقى حقه كما كان، فإن شاء عاد فطلب الكل، وإن شاء ترك.

ووجه قول محمد: إنه بطلبه بعض العقار أبطل حقه في بعضه الآخر، لتزكه المطالبة به مع القدرة عليها، والشنعة حق شرع غير قابل للتجزئة، حتى لايضار المشترى، فيسقط بذلك حقه، أضف إلى هذا أن شريكه في الشفعة قد يترك حقه فيها في هذه الصورة، فتبقى حصته للمشترى إذا رضى بتجزئة الصفقة، وعند ذلك يصير شريكا لذلك الشفيع الذي طلب البعض، واحتمال تحقق ذلك مع عدم قيام هذا الشفيع بما يمنع شركته مع المشترى في هذا الحال دليل رضاه بمشاركته، فيسقط لذلك حقه في الشفعة؛ لأنها ماشرعت إلا لدفع ضرر الشسركة. في الجوار وقد رضى بأن يكون شريكا له وذلك فوق الجوار. وعلى

ذلك لو كان للعقار البيع شفيعان فقط، فطلب كل منهما نصفه سقط حق كل منهسما، وإذا طلب أحدهما نصفه وطلب الآخر جميعه سقط حق من طلب النصف وأعطى الآخر جميعه إن أراد، وإلا ترك، حتى لاتتجزأ الصفقة على المشترى، ولو أن الشفيع طلب أخذ العقار كله كان له أن يأخذ بعضه ليكون باقيه للمشترى إذا ما اتفق معه على ذلك، ما لم يكن هناك شفيع آخر أدنى مرتبة. وقد طالب بحقه في الشفعة فإنه يقدم على المشترى فيما ترك الشفيع الأول الذى له من المبع، إذا ما أراد أخذه (١)

(ب) إذا لم يتعدد العقد فكانت الصفقة واحدة، فإن تعدد فيها المشترى كان للشفيع أن يأخذ كل المبيع وأن يقتصر على حصة أى مشتر منه، وأن يضم إليها حصة غيره ويترك سائر الحصص؛ ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة له، وقد يرضى الشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ولا يرضى بمشاركة الإخرين فيطلب حصصهم، وإن كان المشترى فيها واحدا لزم الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك حتى لا تتجزأ الصفقة عليه، سواه في ذلك أكان بانعه واحدا أم كان أكثر من واحد.

وقد جاء فى المسوط اج ١٤ ص ١٠٠٤ أن العبرة فى التعدد وعدمه بمن باشر العقد. فإذا اشترى عن عدة أشخاص وكيل واحد عنهم اعتبر المشترى واحدا بالنظر إلى الوكيل، وكان على الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك؛ لأن الوكيل فى الشراء يشترى لنفسه أولا، وإن كان الملك يثبت لموكليه ابتداء.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه لافرق بين تعدد المشترى وتعسدد البائع، فللشفيع فى الحالين أن يأخذ جميع ما بيع، وأن يتستصر على حصة أى بسائع أو أى مشتر، وأن يضم إليها غيرها من الحصص؛ وذلك لأن العقد عندهما يتعدد بتعدد كل من البائع والمشترى. واجع الروض (ج٥ ص١٣٧٦ والكشاف (ج٢ ص١٣٨٥ وقد روى هذا عن أبى حنيفة إذا كان الأخذ بالشفعة قبل التسليم إلى المشترى؛ لأن المبيع حينل مجزأ بتعدد العقد وتوحده، ولاعبرة بتعدد العاقدين أو الحصص، فإن تعدد العقد تعدد حق الشفعة، وإلا لم يستعدد، سواء أتعدد البائع أو المسترى أو الجيع أم لا على الأصح، واجع منح الجليل (ج٧ ص٢، ٧٤).

وإذا كان الشترى واحدا وتعدد الميع بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد، فإن كان الشفيع شفيعا فيهما جميعا لم يكن له إلا أن يأخذ الدارين جميعا أو يتركهما جميعا، وليس له أخذ إحداهما وترك الاخرى عند أنمتنا الثلاثة، حتى لاتتجزأ الصفقة على مشتريها، وقد يكون المشترى راغبا عن إحدى الدارين ولم يشترها إلا لأجل الثانية فلا يصح أن يلحقه فى ذلك ضرر بأخدها، وذهب زُفر إلى أنه يجبور للشفيع أن يأخذ إحدى الدارين فقط؛ لأن المانع من تجزئة المبيع إنما هو ضرر الشركة، ولا شركة عند تعدده والاقتصار على بعضه المفرز المتاز عن غيره، لافرق فى ذلك بين أن تكون الداران متلاصقتين، فى بلد واحد أم فى بلدين متباعدين. وإلى هذا أهجه المنافعي وأحمد أيضا إذا كان المبيع حصة من دارين؛ لأن الأخذ بالشفعة حيشذ على هذا الوجه لايضعي إلى تبعيض الشقص الواحد، راجع الروض والكشاف فى الموضع السابق فقط، وإن كان الشفيع شفيعا في إحداهما لم يأخذ إلا ماهو شفيع فيها نقط، دون الأخرى على الاصح. راجع رد المحتار فى آخر الشفعة والمبوط في إحداء ما ١٥٥٠.

⁽١) هذا إذا لم يتعدد كل من البائع والمشترى والمبيع والعقد، أما عند التعدد فالحكم كما يأتي:

⁽أ) إذا تعدد العقد نبيعت دار أو حصة شائعة فيها على عدة صفقات، كان الشفيعها أن ياخذ جميع مابيع في هذه الصفقات كليما، وأن يقتصر على مابيع في إحداها أو يضم إليه غيره من مبيعات الصفقات الأخرى. إذ يثبت له الحق في أخذ كل مبيع استقلالا عند بسيعه، سواه في ذلك أتعدد كل من المشترى والبائع أم لا، لا خلاف في ذلك نعلمه.

تنازل بعض الشفعاء عن حقه: ولو أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء لم يكن له ذلك، ، ، لم يملك شيئا، ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء، ولا يختص بها من نوزل له منهم.

ثانيه ما: أن يكون الطلب على الوجه الآتى: وذلك أن يطلب الشفيع الشفعة فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشترى سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده بسنين.

ويتحقق العلم بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر. فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب الشفعة لذلك لم يسقط حقه.

وإذا علم الشفيع بالبيع والثمن، ولم يعلم بالمشترى بأن لم يذكر اسمه، أو ذكر اسم شخص آخر، فلم يطلب الأخذ بالشفعة، ثم علم بعد بالمشترى حقيقة كان له حق الطلب عند العلم.

وكذلك إذا علم بالبيع وبالمشترى ولم يذكر له الشمن، أو ذكر له ثمن يزيد في الواقع عن الشمن الذى تم به العقد، فلم يطلب الأخذ بالشفحة فإن له حق طلبها بعد ذلك عندما يعلم بالثمن الذى تم به العقد، ولكن إذا ذكر له ثمن أقل من الثمن الذى تم به العقد فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإنه يسقط حقه فيها، ولم يكن له حق الطلب بها بعد ذلك إذا علم بالثمن الذى تم به العقد، لأن رغبته عنها عند ويادة عند قلة الثمن تستلزم رغبته عنها عند زيادته، بخلاف ما إذا رغب عنها عند زيادة الثمن ، لأن عدوله عنها في هذه الحال قد يكون لما يراه من غبن في العقد بسبب التفاوت الفاحش بين الثمن وقيمة المبيع، فإذا ظهر بعد ذلك أن الثمن أقل ولا غبن النفوت الفاحش بين الثمن وقيمة المبيع، فإذا ظهر بعد ذلك أن البائع قد حط بعض فيه كان له أن يطلب الشفعة عند العلم بالثمن الحقيقي، ولهذا إذا علم بالثمن الثمن عن المشترى فإن له عند العلم بهذا أن يطلب الأخذ بالشفعة، ومثله ما إذا الثمن عن المشترى متاعا إضافة إلى المبيع بعد أن رغب عن الشفعة؛ لأن خلى معنى الحط من الثمن، وكذلك إذا علم بأن المبيع بعض دار فلان فرغب عن الشفعة، ثم علم بأنه جميع الدار كان له حق الطلب عند ذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائمه بعاجاته. وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب عند ذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائمه بعاجاته. وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب

عند بعض الحنفية؛ لأن الإعراض عن الكل إعراض عن أجزائه، وهذا ظاهر الرواية، وقيل: يكون له حق الطلب؛ لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه، ولعل ماجاء في ظاهر الرواية مبنى على اتحاد الشمن في الحالين، وإذا يكون الحكم ظاهر الوجه. راجع المسوط. »

وعلى ذلك إذا علم الشفيع ببيع العقار وبمقدار ثمنه وبمن اشتراه، فلم يأذن لهذا الخبر وأعرض عنه مشتغلا بغيره سقط حقه في الشفعة، لتغير المجلس بإعراضه واشتغاله بعمل آخر، ولكن إذا سمع الخبر فلم يعرض عنه وأخذ يفكر ويتروى ووازن بين العقار وثمنه، ثم طلب بعد ذلك في مجلسه أن يأخذ بالشفعة بقى له حق فيها، فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه، إذ لايمتد وقت الطلب إلى مابعد المجلس؛ لأن حق الشفعة حق ضعيف، فتجب المبادرة إليه، لقوله عليه السلام: «الشفعة لمن واثبها» أي أسرع إلى طلبها، ولذلك سمى هذا الطلب بطلب المواثبة، وهذا هو الرأى الأصح. وهناك رأى آخر، هو أن الشفيع يلزمه لكى يحافظ على حقه في الشفعة أن يطلبها فور علمه بما ذكرنا، فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها، وهذا ظاهر الرواية (١١). وينبغي أن يشهد على هذا الطلب إذا استطاع لكى تكون له حجة على إثباته عند جحوده.

⁽۱) اختلفت آراه الفقهاه الإسلاميين في مقدار المدة التي يكون للشفيع فيها حق المطالبة بالشفعة بعد علمه بالعقد والمبيع والثمن والمشترى. حتى إذا مضت دون طلب منه سقط حقه في الشفعة.

فذهب الحنفية إلى أن هذا الحق يستمر له طيلة مسجلس علمه مادام لم يصدر منه مايدل على الإعراض . وهذه رواية الكرخى . ومنهم من ذهب إلى وجنوب المبادرة بالطلب عنقب العلم، وهذا ماذكتره ابن رستم عن محمد، وذكر هشام فى ذلك أن السكوت منة قصيرة وكذا قول الشفيع سبحانه أو الله أكبر أو خلصنى الله من فلان، وكذا سؤاله عما يسصل بالعقد، كل ذلك الإيناقي المبادرة والاتبطل الشفعة إذا ماحدث بعد العلم قبل الطلب، ومذهب الشافعي وأحمد قريب من ذلك.

وذهب الثورى إلى أنها تقدر بيوم، فيإقا ما مضى يوم بعد العلم سقط الحق إذا لم يطلب، وذهب ابن أبى ليلى إلى أنها تقدر بثلاثة أيام، فإن مضت بعد العلم بلا طلب سقط الحق، وذهب المالكية إلى أنها تقدر بالنسبة إلى من حضر العقد بشهرين، سواء أشهد على وثيقة العقد أم لم يشهد، فإن علم ولم يحضر العقد كانت المدة ويرى ابن رشد من المالكية أن سقوط الحق بمضى شهرين بلا طلب مشروط بأن يكون الشفيع قد كتب شهادته على وثيقة العقد، أما من لم يكتب شهادته فالملة بالنسبة إليه سنة. وهذا كله إذا كان الشفيع حاضرا ببلد العقد، فإن كان غائبا لم يسقط حقه وإن طالت غيبته، سواء أكان عالما بالعقد أم غير عالم، إلا أن تطول غيبته إلى درجة يجهل فيها أصل البيع أو تموت فيها شهوده، وهذا لايمنع أن يطالب الشفيع بأن يسارع إلى الأخذ أو يترك منعا للضرر عن المشترى، ويجبره الحاكم على ذلك. فإن أخذ ولم يحضر الثمن أمهل لذلك ثلاثة أيام، فإن الدى الثمن فيها وإلا سقط حقه في الشفعة. واجع المتع عمر عاص ١٩٥٩.

وجاء في قانون الشفعة أن الشفيع إذا علم بالبيع والمشترى والثمن وباقى شروط العقد، فسكت بعد ذلك •

طلب التقرير ، وقته ومكانه: إذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه فى الشفعة أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار البيع أو عند المسترى أو عند البائع إذا كان العقار لاينزال فى يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه فى الشفعة ويقوى، ويسمى هذا الطلب: بطلب التقرير أو طلب الإشهاد؛ لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله، وإن كان كثير منهم لاينشترط ولكن يستحسنه، حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره، وذلك مانص عليه قاضيخان (١) والكاسانى.

مكانه: وقد جعل هذا الطلب عند المبيع لأن الحق متعلق به، وجاز أن يكون عند المشترى لأن المبيع سيؤخذ منه، فكان الخصم فى هذا النزاع، ولذا جاز أيضا أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لايزال فى يده؛ لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حيننذ، فكان له دخل فى الخصومة بسبب يده.

وقته: ولكى يكون هذا الطلب معتبرا يلزم ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه وإن لم يطلب سقط حقه، ولا يفيده أن يطلبه عند أحد هؤلاء الشلاثة مع الإشهاد عليه، فإذا تمكن منه ولتم يطلب سقط حقه، ولايفيده أن يطلبه عند أحدهم بعد ذلك، وبناء على هذا: إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة في بلد غير بلده وباقيهم في بلده، فانتقل إلى ذلك البلد ليطلب فيه سقطت شفعته، لاستطاعته أن يطلب في بلده، فإذا كانوا جميعا في بلد واحد أشهد عند أحدهم، ولا يضيره أن يكون بعيدا عن الباقى، لاعتبارات تدعو إلى التسامح في مثل ذلك.

قيام طلب التقرير مقام طلب المواثبة: وإذا علم الشفيع بالعقد والثمن والمشترى عند أحد هؤلاء فطلب أمامه أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب مواثبة؛ لأنه أول طلب، وطلب تقرير؛ لأنه حصل أمام أحد هؤلاء الثلاثة. وكيفية الطلب الأول: أن يصدر منه مايدل على رغبته في الأخذ بالشفعة، كأن يقول: إنى أطلب الشفعة، أو: لا أترك حقى فيها أو نحوه. وكيفية الطلب الثانى:

خمسة عشر يوما سقطت شفعته، والإخطار الرسمى غير لازم، فيجوز الإعلام مشافهة أمام شهود، أو مراسلة بخطاب مسجل. ولذا يجب على الشفيع أن يطلب على يد محضر يعرض فيه الثمن وملحقاته، وعليه بعد ذلك أن يرفع الدعوى بالشفعة فى ظرف ثلاثين يوما من ذلك وإلا سقط حقه.

⁽۱) هو الحسن بن منصور الأوزجندى الفسرغاني صاحب «الفستاوى المشهورة» و«الواقسعات» والالاسالي» واللحاضر» واشرح الزيادات، وغيرها وتوفى سنة ٩٢٪.

أن يقول : علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق أخذه بالشفعة، وقد طلبته عند العلم وأطلبه الآن.

فإذا تم طلب التقرير عند المشترى فلم يعارض، أوعلم المشترى بما كان من طلبى الشفيع فلم يعارض كَذلك، أو كان الشفيع عند المشترى، فعلم بأنه قد اشترى المبيع بكذا في حضرته فطلب المبيع منه فلم يعارض، وسلمه المبيع. فقد تمت الشفعة وتملك الشفيع المبيع بذلك.

طلب الخصومة: وإن عارض المسترى فى ذلك احتاج الشفيع فى تملكه للعقار المبيع وتسلمه إلى قضاء القاضى. وهذا القضاء لابد أن يكون مسبوقا بطلب يقوم به الشفيع عند القاضى فى ضمن دعوى يدعيها على المشترى. وعليه أن يدخل البائع خصما فيها إذا كان العقار لايزال فى يده ليطلب الحكم عليه بالتسليم إليه، فيدعى أن فلانا يملك عقارا بجهة كذا «ويبينه» وأنه باعه فلانا بثمن هو كذا «ويبينه» وأنه طلب أخذه بالشفعة حين علم، ثم بادر إلى طلبه مرة أخرى عند العقار مثلا أو عند المدعى عليه، وأن المدعى عليه يعارضه فى ذلك ويأبى أن يسلم إليه هذا العقار بحق الشفعة بلاحق بعد مطالبته بذلك، وأنه يطلب الحكم بشبوت حقه فى أخذه بالشفعة وأن يسلمه إليه، فإذا ادعى الشفعة وأن يسلمه إليه، فإذا ادعى الشفع هذه الدعوى وثبتت بإقرار المدعى عليه، أو بما قدمه الشفيع من الأدلة، حكم له القاضى بما طلب، وتملك العقار المبيع من وقت الحكم.

خصومة المشترى وكيله: ويجوز أن ترفع هذه الدعوى على وكيل المشترى إذا تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى موكله، كما ترفع على المشترى نفسه، وذلك لأن الوكيل بالشراء ترجع إليه حقوق العقد عند الحنفية، كما سيأتى، وحق الشفعة منها، وروى عن أبى يوسف أنه لايصلح خصما فى هذه الدعوى، بناء على أن الشفعة ليست من حقوق العقد ولكنها أثر لحكمه، وهو الملك الذى بشت للمشترى بالعقد.

وقت الدعوى: وهذه الدعوى هي مايسميه الفقهاء بطلب التملك أو طلب الخصومة وذهب الشيخان رحمهما الله تعالى إلى أن حق الشفعة يتقرر بالطلبين السابقين، طلب المواثبة وطلب التقرير، وإذا تقرر لم يستقط إلا

بالإسقاط، كبقية الحقوق الشابتة، فلا يضير تأخيس الدعوى سنين عديدة، وروى عن أبي يوسف أنه لايجوز للشفيع أن يؤخر الدعوى عن أى مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيه، فإذا مامضى مجلس كان فى إمكانه أن يرفع الدعوى فيه إلى القاضى فلغ يفعل سقط حقه؛ لأن جواز تأخير الادعاء إلى غير أمد ضار بالمشترى، والضرر يجب رفعه، وقال محمد وزفر: إذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يدع من غير عذر بطلت شفعته، وروى هذا عن أبى يوسف أيضا، ولأبى حنيفة أن الشفيع إذا كان غائبا ولم يعلم بالبيع لايسقط حقه فى الأخذ بالشفعة وإن طالت غيبته، والضرر الناتج من تأخير المطالبة بالشفعة فى هذه الحال فوق الضرر الناتج من تأخير الدعوى فى حالتنا. إذ يمكن فيها مراجعة الشفيع والتفاهم معه على المطالبة سريعا أو الترك، بل ومن المكن أيضا رفع هذا الضرر، بأن يرفع المشترى الأمر إلى القاضى لكى يأمر الشفيع بالأخذ، وإلا اعتبر سكوته إعراضا عنها فيسقط حقه، وإذا كان هذا الضرر فى حال الغيبة محتملا باتفاق وهو أعظم فأولى أن يحتمل ماقد يتوقع فى حالتنا هذه من الضرر وهو بانفاق وهو أعظم فأولى أن يحتمل ماقد يتوقع فى حالتنا هذه من الضرر وهو

قيام الوكيل والولى مقام الشفيع فى الطلب: ويقوم بطلب الشفعة على الوجه المبين الشفيع أو وكيله، إن كان أهلا للخصومة والمطالبة، فإن لم يكن أهلا لذلك بأن يكون صغيرا أو مجنونا أو سفيها قام وليه فى ذلك مقامه، فإذا لم يطلب ثم بلغ الصبى أو عقل المجنون أو زال الحسجر للسفه لم يكن له حق الشفعة، لسقوطها بعمل الولى؛ لأنه يعمل لموليه، والظاهر من تركه المطالبة بالشفعة أنه رأى أن مصلحتهم فى ذلك، وبناء على هذا إذا لم يكن لهؤلاء ولى يبتى حقهم فى الشفعة إلى أن يصيروا أهلا للطلب فيطالبوا بها على الوجه المبين (۱)، وعن محمد أن البيع إذا كان بمثل القيمة أو بأقل فأهمل الولى المطالبة لم يسقط حق المولى عليه بذلك، لأن عمل الولى منوط بالمصلحة، ولا مصلحة فى هذا الإهمال فلا يؤاخذ به المولى عليه.

⁽١) ذهب بعض الحنابلة إلى أنه على الولى أن يأخذ بالشفعة إن كان فيسها حظ لموليه، فإن لم يكن فيها حظ له لم يصح أن يأخذ له. ولو كان له فيسها حظ نعف عنها لم يصح إسقاطه؛ ولذا كان له الاخدذ بعد بالإسقاط. كشاف وج٢ص١٣٨٢.

وقد يقال: قد تكون مصلحة المولى عليه فى ترك الشفعة فى هذه الحال أيضا لأسباب منها عدم وجود الثمن أو عدم حاجته إلى المسيع، فلا يكون ترك الولى الشفعة إضرارا به.

القضاء بالشفع المشقوع فيه إحضاره الثمن، على ماجاء في ظاهر الرواية، يقضى القاضى للشفيع بالمشقوع فيه إحضاره الثمن، على ماجاء في ظاهر الرواية، وإنما يصير بالقضاء دينا في ذمته للمشترى إن كان قد تسلم المبيع، أو للبائع إن كان المبيع لايزال في يده، وعندئذ يستوفى كما يستوفى غيره من الديون، ولمن في يده المبيع حينئذ أن يحب عنه حتى يستوفى ثمنه ولاتنقض الشفعة، وروى عن محمد أن القاضى لايقضى للشفيع إلا بعد أن يحضر الثمن، وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة دفعا للضرر عن البائع أو عن المسترى، إذ قد يكون الشفيع مفلسا ولايجوز أن يرفع ضرر عن الشفيع بإثبات ضرر لأحدهما، ويرى الكاساني أن لا خلاف لحمد في جواز القضاء قبل إحضار الثمن، وإنما يستحسن للقاضى ألا يقضى إلا بعد إحضاره، ولو أنه طالب الشفيع بإحضار الثمن قبل القضاء فضرب لذلك موعدا ثم لم يحضره فيه بطلت شفعته عنده، خلافا لأبي حنيفة. أما بعد القضاء بها فيلا تبطل شفعته إذا ماطلب منه الشمن فلم يحضره، ولو كان ضرب لذلك موعدا.

غيبة بعض الشفعاء: لا يسقط حق الشفيع بغيبت متى قام بالطالبة بالشفعة على الوجه الذي بيناه.

وبناء على ذلك: إذا كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فإن ترك الحاضرون طلبها في حينه سقط حقهم فيها، وإن طلبوا الأخذ بها فاقتصروا في طلبهم على مقدار مايخصهم من المبيع، بأن كان الشفعاء أربعة شركاء مثلاه وكان أحدهم غائبا فطلب الحاضرون ثلاثة أرباع المبيع استبقاء لحصة الغائب - لم يقبل ذلك منهم، وكان الحكم مابيناه من قبل. وإن طلب كل منهم أخذ المبيع جميعه أعطوه كله فقسم بينهم مثالثة، ولاينتظر الغائب، ذلك لأنهم - كما قدمنا - يستحقون المبيع جميعه، وما قسم عليهم بعدد رءوسهم إلا لأجل مزاحمتهم بعضهم البعض مع عدم المرجح، ولا مزاحمة للغائب، لأنه لايعلم أطلب الشفعة فعلا أم لم يطلب

لعدم علمه بالبيع، وإذا علم به بعد ذلك أيطلبها أم يرغب عنها؟ لذلك يكون استحقاقه الأخذ بها مشكوكا فيه، واستحقاق غيره مقطوعا به، لوجود الطلب منه، ولايزاحم الشك اليقين.

عند اختلاف الشفعاء في المرتبة :

وبناء على ذلك إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة مستحقا له لـتوافر شروط استحقاقه، فإن كان في مرتبة أقل من مرتبة الحاضر، فإن الحاضر يمنعه مادام متمسكا بحقه في الشفعة لأنه أولى منه، وذلك كأن يكون الشفيع الغائب جارا والحاضر شريكا، فالشريك يمنع الجار إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة؛ لأنه أولى منه حاضرا كان أو غائبا، مادام متمسكا بحقه في الشفعة.

ولكن قد يرغب الشريك الحاضر عن الشفعة فيكون لذلك حالتان:

الأولى - أن يرغب عن المشفوع فيه بعد القضاء له به. وفي هذه الحال لايملك أن يتركه إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب إذا كان ذلك له. فإذا تركه لمن تسلمه منه - من بائع أو مشتر بخيار رؤية (۱) «سواء أكان ذلك بعد قبضه أم قبله أو بخيار عيب قبل أن يتسلمه أو بعد تسلمه، ولكن الترك كان بواسطة القضاء - في هذه الأحوال - لايكون للشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه، لبطلان شفعته؛ وذلك بسبب قضاء المقاضى بالمشفوع فيه للحاضر (۲) والقضاء له بها يتضمن إبطاله حقه في الشفعة.

⁽۱) الرد بخيار الرؤية - كما سيأتى - لايتوقف على القضاه، ويعتبر قدخا لعقد البيع في جميع أحواله. فلا يتأتى اعتباره مبادلة يترتب عليها للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أواد أن يعلب بناه على عقد البيع السابق على على ذلك فليس للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أواد الشفعة إلا أن يطلب بناه على عقد البيع السابق على الرد، وهو الذي أخذ به المشترى الحاضر البيع، فإذا ماأخذه بقضاه فرده بخيار الرؤية لم يكن للشفيع الغائب بعد حضوره حق في أخذه بالشفعة لبطلان حقه فيها بالقضاه بها للحاضر، وإذا ما أخذه بالرضا ثم رده بخيار الرؤية كان للشفيع الغائب إذا حضر أن يأخذه بالشفعة؛ لان حقه لم يبطله القضاه، والرد بخيار الرؤية لايؤثر فيه إذا ما رد المشتمرى العقار المبيع بخيار الرؤية، فإن للشفيع حينئذ أخذه بالشفعة.

هذا وليس من البعيد أن يقسال: لم يبطل حق الشفيع الغائب بالقضاء، وقد يكون القضساء للحاضر قضاء بأن لا حق للغائب مادام الحاضر متمسكا بحقه وملكه فإذا فسخه ظهر حق الغائب.

 ⁽۲) يتملك الشفيع المبيع بتسلمه عند الرضا بالشفعة أو بالقضاء بها له عند إبائها، فإذا دخل المبيع في ملك الشفيع الحاضر بإحدى الوسيلتين، فلا يملك أن يخرجه من ملكه بمجرد إيقاء رغبته في أنه قد عدل عن =

أما إذا ترك بعد قبضه بخيار عيب عن تراض فيكون للشفيع الغاب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة، لا بناء على ماحصل من بيع في غيبته، ولكن لأن رده في هذه الحال إلى من أخذ منه _ من بائع أو مشتر _ يعتبر مبادلة فتكون سببا جديدا يستحق به الغائب الأخذ بالشفعة.

الحال الشانية: أن يرغب الشفيع الحاضر عن المشفوع فيه، قبل أن يقضى له به، وفي هذه الحال إذا رغب عنه قبل تسلمه سقط بذلك حقه في الشفعة، وكان للغائب عند حضوره أن يأخذه بها؛ لأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة قبل أن يتملك، وهو حق يقبل الإسقاط. وإن كانت رغبته عنه بعد تسلمه لم يكن لها من أثر؛ لأنها جاءت بعد ثبوت ملكه والملك لاينبل الإسقاط، فإذا حضر الغائب

الشنعة، ولا يملك إخراجه عن ملكه إلا بسب ناقل للملكية، أو سب ناسخ لعند تملكه. وعلى ذلك إذا حضر النسائب عندئذ فقال الحاضر لا رغبة لى في الميع فلا يترقب على نوله هذا أى أثر، سواء أكان قد ملكه بالرضا أم بالنضاء ولا وسيلة له إلا أن يبيع للغائب المبيع أو يعلكه أياه بأى عند إذا أداد. ولكن إذا مارجد الشفيع بالمبيع عيها فرده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر بسبب ذلك الدب فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون الرد بالبب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المسيع بالقضاء على كل من البائع والمشترى بالشفة. وفي هذه الحال قبال الفقهاه: إن هذا القضاء يعتبر قضاء ضمنا بأن لا حق للغائب في هذا المبع؛ لأن الشفيع الحافسر أولى منه، فينقطع حق الغائب في هذا المبيع نهائبا بالقضاء، فإذا حضر بعد ذلك - وقد رد المبيع الى بانعه أو إلى مشتريه بسبب العبب - لم يعد حقه فيه إلى المظهور لمستوطه بالقضاء، والماقط لايعود، ولكن ألا يكون الرد بسبب العبب مبادلة جديدة يثبت بها للشفيع الغائب حق الشفعة؟ الجواب: إذا كان الرد بالعبب - بناء على القضاء به - اعتبر فسخا بالنبة للماقدين وغيرهما فلا يترتب عليه لذلك ثبوت حق الشفعة للشفيع الغائب، وإذا كان بالرضا فإن كان بعد القيض والتسليم كان مبادلة يشرقب عليها حق الشفعة للشفيع الغائب وإن كان قبل قبضه حينظ نبض المبيع فكذلك الحكم عند الشيخين لاعتباره حينظ أيضا مبادلة، لجواز النصرف في العضار قبل قبضه حينظ عدماء أما عند محمد فلا يثبت للشفيع الغائب بذلك الردحق الشفعة، لأن حق الشنعة لايثبت إلا بتصوف هو مبادلة، ولايمكن اعتبار الرد في هذه الحال تصوفا في معتى المبادلة، لان النصرف في الميم المقار قبل قبضه غير جائز عند محمد، وإذن فلا يعتبره محمد في هذه الحال إلا فسخا والفسخ لايترتب عليه حق الشفعة.

الثانية: أن يكون الرد باليب بعد أن يكون الشفيع قد تملك الميع بسلمه عن رضا. ونى هذه الحال لم يصدر قضاه بإبطال حق الشفيع الغائب، وبناه على ذلك إقا مارد الشفيع الميع بسبب عبب فيه، سواه أكان هذا الرد بقضاه أم برضاه ثم حضر الشفيع الغائب فإن له الحق فى أن يأخذ المسبع كله بالشفعة على صابطهر لى ? . وذلك لان حقد فى الشفعة قد ثبت له عند الميع، فلا يسقطه ود الشفيع الميع بالعبب على أية حال، كما أن رد المشترى المبيع بالعب على باتعه لايسقط حق الشفيع فيه فيأخذه من البائع بعد ذلك. هكذا ذكروا فى غير موضع كما فى «المعتار ولكن ألا يقال: إن ثبوت الملك للشفيع المحاضر بالسلم مسقط لحق الغائب لتقدمه عليه، وإذا سقط لايمود؟ المجواب: أن مجود الملك لايكفى مسقطا، بدليل أنه لايسقط حق الشفيع الغائب المساوى فى المرتبة وغير هذا الحق واثر أثره. وغاية الأمر: أن حقه ضعيف أمام حق الحسافير. فإذا ماذهب حقه بأية وسيلة ظهر هذا الحق واثر أثره.

الشفوع فيه مملوكا لمن هو أولى منه، فلا يستطيع الآخذ جبرا عنه، وإنما يستطيع أن ينفق معه على أخذه، فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غبر أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة بعد ثبوت ملكه للمشفوع فيه بتبضه يستطيع أن يرده على من أخذه منه ـ من بائع أو مشتر ـ بخيار روية أو خيار عيب، إذ كان له حق فيهما، وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة؛ لأن حقه باق لم يبطله قضاء سابق بالمشفوع فيه لمن هو أولى منه.

وإن كان الغائب فى صرتبة أعلى من مرتبة الحاضر كأن يكون شريكا والحاضر جارا - فإنه يعطى المبيع كله سواء أقضى به للجار الحاضر أم لم يتض، وسواء أتسلمه الجار أم لم يتسلمه، وسواء أتملك الجار بشفعته أم لم يتمسك. ذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال، فيعطى الشريك الغائب المشفوع فيه فى جميع الأحوال إذا ماحضر ذلك الشريك طالبا أخذه بالشفعة.

عند التساوى فى الرقبة: وإن كان فى مرتبة الحاضرين كأن يكون جميع الشفعاء جيرانا أو شركاء شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضرا معهم، فيساويهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائبا مثله من الشفعاء؛ لأنه إذا حضر ذلك الغائب أيضا بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه. مثال ذلك: أن يكون للمبيع شفعاء، هم جميعا شركاء فيه أو جيران له، عدتهم خمسة وأحدهم غائب، فيعطى الأربعة الحاضرون المبيع بناء على طلبهم أخذه بالشفعة، ثم إذا خضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة أيضا فإنه يعطى فى هذه الحال خمس المبيع، وذلك بنقض قسمته بين الأربعة وقسمته مرة أخرى بين الخمسة. وإذا كان الحاضر منهم ثلاثة فقسم المبيع بينهم أشلاثا، ثم حضر رابع، فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعا، دون مراعاة لخامسهم الغائب. فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماسا.

وهذا كله فيما إذا لم يرغب أحدهم عن حقه. أما إذا رغب بعضهم عن حقه أو رغب جميع الحاضرين عن حقوقهم ثم حضر بعد ذلك الغائب. فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون حضوره قبل القضاء بالشفعة للحاضرين، وفي هذه الحالة ·

إذا كانت رغبتهم عنها قبل القبض فإنها تتحقق بمجرد التنازل عن حق الشفعة، وبتنازل من تنازل عنها حيئة يعتبر كأنه غير موجود ويقسم المبيع بالسوية بين المتمسك بحقه ومن كان غائبا ثم حضر، حتى إذا كان التنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا الأخذ بحقه، فإذا تنازل من الحاضرين في المشال السابق ـ اثنان، قسم المبيع على ثلاثة. وإذا تنازل الأربعة الحاضرون أعطى الغائب المبيع كله إذا حضر مطالبا بحقه. وإذا كانت رغبتهم عنها بعد القبض فلا يكون لها أثر، ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو بخيار العيب. وعند الرد بأحد هذين السببين يكون الحكم كما سبق، فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره.

الحالة الثانية: أن يكون حضوره بعد القضاء بالشفعة للحاضرين، وفى هذه الحال يتم تملكيم بالقضاء ولاتتم رغبتهم عن المبيع إلا بتركه لمن أخذ منه بسبب خيار رؤية أو عيب. وحينئذ إذا ترك بعض الشفعاء الحاضرين حصته، بناء على ما له من خيار رؤية قبل قبضه أو بعده، أو عيب قبل قبضه، أو عيب بعد قبضه بقضاء لإباء من أخذ منه، أو تركه كله جميع الحاضرين بذلك السبب، فإن مايترك منه في هذه الحال يعود لمن أخذ منه ـ من بائع أو مشتر ـ وإذا كان المتروك في هذه الحال بعض المبيع تجزأت الصفقة على من أخذت منه، فإن كان بائعا اغتفر ذلك استثناء (۱) وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب، لأن الشركة عيب، وإن ششت قلت: لأن تجزئة الصفقة عليه عيب يستحق به الرد على البائع، فينتهى الأمر إلى غيزئتها بالنسبة للبائع (۱).

وعلى كل : فحق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ماقد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم وقضى بالمبيع بينهم جميعا^(٣) مشال ذلك : أن يكون

(٣) اشترى أجنبي حـصة أحد الشركاء في عـقار مشترك بين ثلاثة، فطلبـها الشريك الحاضر بالشفـعة وكانـم

⁽١) جاء في الأشباء والنظائر من كتاب البيع: لايجوز تجزئة الصفقة على البائع إلا في الشفعة ج١ ص٣٣.

⁽٢) أقول: إن هذا ضرو يصيب البائع بسبب مراحاة حق الشفيع والمسترى، ولا يصح أن يكون رفع الضرر عن شخص سببا في الإضرار بغيره، وكان يمكن تجنب ذلك الضرر لو أنهم الزموا الباقي من الشفعاء بأخذ كل المبيع إذا ما رضى البائع بذلك، رفعا للضرر عنه، ولا يمنع من ذلك قولهم: إن حقهم قد بطل في الباقي بالنضاء، إذ يمكن أن يقال: إنه قضاء بالحق مادام صاحبه متمسكا به، فإذا تنازل عنه ذهب القضاء به، والزم به الباقي، وخاصة إذا لوحظ أنه حين طلب الشفعة طلبها في جميع المبيع.

للعقار ثلاثة شفعاء أحدهم غائب فيقضى للحاضرين به مناصفة، ثم يحضر الغائب طالبا حقه، وقد ترك أحد الحاضرين حسته _ وهي النصف _ بخيــار رؤية مثلا،

الثالث غابا فأعطيث له. قال الكاساني في البدائع فج أص ٢٥: إذا أخذها الشريك الحاضر بالقضاء ثم حضر الثالث من غيبته، فطلب الأخذ بالشفعة، فقال له الحاضر: لا أرغب إلا في الحصة كلها، فإما أن تأخذها كلها وإما تدع، لم يجب إلى قوله، وللغائب الذي حضر إذا أصر أن يأخذ نصفها فقط، لأن القاضي لما قضى للحاضر بجميع الحصة تضمن قضاؤه بطلان حق النائب في نصفها، فلا يكون له حق فيه بعد ذلك، وإذن لايلزم به ا.هـ.

ويرد على هذا أنه يقتضى أن الشفيع الغائب إذا حضر وعلم بالبيع والقضاء، وأراد الآخذ بالشفعة، لم يلزمه إلا أن يطلب نصفها فقط، وإلا كان طلبه للكل عبثا؛ ذلك لأن الشفيع إنما ألزم بطلب كل المبيع إذا ما أراد الأحذ بالشفعة خسشية ألا يأخذ غيره من الشفيعاء فتجزأ الصفيقة على المشترى، وهذا غير متأت هنا، إذ بعد القضاء لايستطيع المقضى له أن يتخلى عن حصته فلا تتجزأ الصفيقة، فبل الأمر كذلك؛ وتكون هذه الصورة وما يماثلها مستنى من اشتراط طلب جميع المبيع؟

لم أجد نصا، وإن كان تعليل الحكم يقتضى عدم اشتراط طلب السكل فى مثل هذه الصورة؛ لأنهم عللوا طلب الكل باستحقاق الشفيم لجميع المبيع، وإن قسمته بين الشفعاء إنما كانت نتيجة المزاحمة، وعلى ذلك إذا كان الشفيع لايستحق إلا بعض المبيع قطعا لم يلزمه إلا طلب ذلك البعض(راجع رد المحتارج صص٥٠).

أقول: وفي هذا الحال إذا كان الشفيع الحاضر قد أخذ الحصة البيعة كليا وتسلمها عن رضا، ثم حضر الغائب طالبا للشفعة، فقال له الحاضر: إما إن تساخذها كلها أو تدعيا فإن الغائب يلزم حستذ بأخذها بناه على انتفاه العلة التي ذكرها الكاساني سببا لعدم إلزامه فيما سبق، وهي أن انقضاء أبطل من الغائب في نصيب الحاضر فلا يلزم به بعد ذلك، وقد يؤيد هذا أنه يجب على الغائب حين الطلب أن يطلب الجسيع، ونكن قد يرى من جهة أخرى أن الشفيع الحاضر لا يجاب إلى طلبه أيضا في هذه الحالة؛ لأنه قد قلك جميع الحسمة بقبضها عن رضا، وليس للغائب حق إلا في نصفها فيأخذه بحقه. أما نصفها الآخر فقد استقر فيه ملك الحاضر، ولا يجبر الغائب الذي حضر على أخذه.

وقد يقال: إذا ما أخذ النائب الذى حضر نصف الحصة تجزأت الصفتة على السنيع الحاضر، فيكون له بذلك حق الرد على البائع لان تجزؤ الصفيقة عيب، وخاصة مع وجود الشيوع، فإذا رد حسته بذلك العيب على البائع وجب على السنيع الغائب الذى حضر أن يأخيذها أيضا بناء على طلبه كل المبيع، حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع في الشفعة منعتفر، اللهم إلا إذا قصر ذلك الحكم على صور ليست هذه منها.

وإذا كان بيع الحصة فى المثال المتقدم لأحد الشريكين وهو الحاضر، وكان الثالث غائبا ثم حضو فطلب الاخذ . بالشفعة فما الحكم؟ فى الإمكان أن يقال: إن الحكم لايختلف، لأن ملك الحساضر لنصف الحصة المبيعة أصبح مستقرا، فسلا يستطيع بعد ذلك أن يلزم به الغائب إذا حضر، وفى الإمكان أيضا أن يقسال: إن الشفيع الغائب إذا حضر وطلب الشفعة وجب عليه أن يطلب الكل فإذا سلم إليه الكل فكيف يمتنع عندنذ؟ وهذا أوجه فيما يظهر لى، مادام الشرط فى استحقاق الشيفعة طلب جميع المبيع، وفيه عدم الإضرار بالبائع والمشترى جميعا من جهة عدم تفريق الصفقة على أحدهما.

وقد ذهب الشانعى وأحمد إلى أن الشفيع الغائب، إذا حضر طالبا للشفعة فى هذه الأحسوال المتقدمة الذكر لا يجبر على أخذ كل المبيع، بل ما يخصه منه لو أنه كان حساضرا؛ وذلك لاستقرار ملك الحاضر فى حصته منه وعلم جواز تنازله عن ملكه. راجم الروض وج٢ ص٣٤٧، وكشاف القناع وج٢ ص٣٤٨.

فعند ذلك لا يكون للغائب إذا حضر حق إلا في ثلث العقار فقط، وهو ماكان له، لو أنه كان حاضرا عند القضاء⁽¹⁾.

وكذلك الحكم إذا مارد الحاضران البيع كله بخيار الروية؛ ذلك لأن القضاء ليما بالبيع أبطل حق الغائب في الثلث، وهما حصة الحاضريين، وبقى حقه في الثلث، وقد بطل القيضاء به لهما لأنه حق لغيرهما؛ وذلك لأن البيع في الواقع موزع بين حقوق الشفعاء حاضرهم وغائبهم لكل فيه نصيب بسبب شفعته، غير أن الحاضر قد فيضل على الغائب لما سبق، فإذا قيضي القاضي بالمبيع للحاضرين وحدهم، فقيد قضى لهم بنصيبهم فيه، وهو قضاء صحيح فيتضمن بطلان حق الغائب في ذلك النصيب فلا يبقى له حق فيه بسبب الشفعة المترتبة على المبادلة القائمة وقضى لهم كذلك بنصيب الغائب فيه، وذلك قضاء قد ظهر بطلانه بحضور الغائب متمسكا بحقه، وعلى ذلك لايكون له في المبيع إلا حقه لو أنه كان حاضرا عند التضاء.

أما إذا ترك بخيار عيب بعد قبضه بناء على تراضيه مع من أخذ منه فإن هذا الرد يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الشفعة فيما رد^(٢).

نماء العقار المشفوع فيه في غيبة الشفيع: إذا كان حضور الغائب بعد مدة استغل فيها الشفيع الحاضر المشفوع فيه، بأن كان أرضا فزرعها أو أجرها كانت الغلة جميعها للحاضر فقط؛ لأنها نماء ملكه، ولايشاركه فيها الغائب كيف كانت درجته؛ لأنه ليس بمالك، وإن كان أولى من الحاضر، إذ لايملك إلا بالقبض أو القضاء.

⁽١) ويكون الثلث كذلك لمن تمسك بحقه من الحاضرين. ويسترك الثلث للبائع، لأن القضاء لمن رد ثلثه أبطل حتى الآخرين فيه. فييقى للبائع بعد رده بالخيار. راجع رد المحتار "ج٥ ص١٥٦».

⁽٢) وليس يخفى عليك أن الشفيع إذا ما طلب أكثر من حقه ورضى المأخوذ منه أن يعطيه ماطلب لم يمنع من ذلك مانع، إذ يعتبر ذلك مبادلة جديدة.

الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع: إذا باع المالك العقار دخل في ملك المسترى بمجرد تمام عقد البيع، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحق الشفيع أخذه بالشفعة لم يتملكه بمجرد طلبه؛ لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يقوى بمجرد المطالبة على رفع ملك ثابت للمشترى بعقد البيع، ولذا لا يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين:

الأول. تسلمه من المشترى عن رضا منه، فيتملكه من وقت تسلمه.

الثانى ـ قضاء القاضى له به، فيملكه من وقت القضاء، وإن لم يتسلمه فعلا(١).

فأما تملكه بأخذه من المشترى عن رضا منه؛ فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشترى بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية (٢).

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لايكون إلا عند إباء المسترى، وإباؤه فى هذه الحال ظلم، وقد نصب القاضى لرفع الظلم، فيقوم القاضى حينئذ مقامه فى هذه المعاوضة دفعا لظلمه، ويملكه الشفيع بما قام به على المشترى، ويدخل الثمن فى ملك المشترى حينئذ جبرا عنه، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه، كما هو الحال عند نزع الملك جبرا عن صاحبه للمنافع العامة، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه فى هذه الحال أيضا عن طريق شرائه من القاضى، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشترى.

وهذا بين إذا كان المشترى قد تسلم المبيع من بائعه، ولكن إذا حصل القضاء بالمشفوع فيه وهو في يد البائع، فإن هذا التوجيه لايظهر؛ ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع، في هذه الحال يصبح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشترى، وذلك مفسد للبيع. وإذا فسد البيع الصادر للمشترى زال ملكه،

⁽١) ذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستناف المجتمعة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه.

 ⁽٢) ولذا تكون العهدة على المشترى؛ لأن الشفيع قد تملك منه، وليس بين الشفيع والبائع عقد، ولذا لايجوز للبائع حيتذ إذا لم يستوف الثمن من المشترى أن يطالب به الشفيع، وإنما يطالب به المشترى.

وعند ذلك لايصح أن يكون عملكا، ولاينوب عنه القاضى فى التسمليك، ولذا قالوا: إن القضاء للشفيع فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة إلى المشترى، ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع فى هذه الحال مشتريا من البائع^(۱). وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه، وإما من

ولذلك يثبت له من الخيار مايثبت للمشترى، فيثبت له خيار العبب وخيار الرؤية دون خيار الشرط؛ لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لايتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيطه أو بخيار فسخ ونحوه؛ لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة على طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيبا رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتر. وكذلك إذا أخذ قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه.

فإن رده على بانعه لأنه تسلم منه كان المشترى مخيرا حينئذ في إمضاء صفقته أو عدم إمضائها، دون توقف على رضا البائع، وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه كان كل من بائعه ومشتريه ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينقض.

⁽۱) ولذا يكون للمشترى إذا كان قد أدى الثمن إلى بائعه أن يسترده منه، وعلى البائع أن يستوفى الثمن من الشفيع، وفى التسارخانية نقلا عن السطورى؛ أن أبا يوسف يرى أن الشفيع له أن يدفع الثمن إلى المسترى عندما يتسلم المبيع من البائع، فتكون العهدة على المشترى حينئذ ويكون مسئولا أمام البائع حتى يؤدى إليه الثمن إذا لم يكن قد أداه إليه فإن أدى الشفيع الثمن إلى البائع في هذه الحسال تكون العهدة عليه، وعندئذ يسترد المشترى منه الحدن إن كان قد دفعه إليه ا. هـ. رد المحتار هج٥ ص١٦٠٠.

⁽۲) وعلى ذلك فالعبرة بالقبض والتسلم فتكون عهدة الشفيع على البائع إن تسلم المشفوع فيه منه، وتكون على المشترى إن تسلمه منه، وقال ابن أبي ليلى: عهدة الشفيع على البائع في الحالين؛ لأن الشفيع لما كان متقدما في تملك المشفوع فيه على مشتريه حل محله، وكانت عهدته على البائع كما كانت عهدة المشترى على البائع.

وعن أبي بوسف روايتان وإحداهما أن عهدة الشفيع على المشترى دائما، لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشيء لايكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويبطله، وإبطال الشراء إبطال لحق الشفعة؟ وإذا بتى الشراء على ذلك كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه، كما لو تسلمه من يده، وهذا قول الشافعي وأحمد. ووثانيهما ، أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشترى أدى الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الشمن وإن لم يكن المشترى قد دفع الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الثمن وإن لم يكن المشترى قد دفع الثمن إلى البائع في الثمن قبل المشترى.

الشفعة سبب من أسباب الملك عند غير الحنفية: ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله: أخذته بالشفعة، وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاء من المشترى متى كان عالما بالثمن (١)، وقال أحمد: يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن، وقال الشافعى: يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشترى (٢) أو يرضى المشترى بثبوته دينا في الذمة، كما يملكه كذلك بالقضاء به عند النزاع، وعند ذلك لايسلمه المبيع إلا بعد دفع الثمن، وله أن يمهله ثلاثة أيام، وإلى هذا ذهب أحمد أيضا، فإن مضت ولم يدفعه فسخ القاضى الملك، وذهب أحمد إلى أن للمشترى الحق في الفسخ إذا تملك الشفيع العقار وطلب الإمهال فأمهل المدة المستحقة له، وهي ثلاثة أيام،ولم يدفع مع ذلك الثمن، وله هذا الحق بدون حاجة إلى قضاء القاضى.

وجه قولهم: أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى، رضى بذلك أو أبى، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى.

ووجهة الحنفية تتلخص فى أن تملك الشفيع برضا المشترى وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما فلا كلام ولا اعتبراض عليها، فإذا لم تتم هذه المبادلة بسبب إباء المشترى كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك؛ لأن ملك الشفيع يتوقف

⁽۱) وفى متح الجليل عن ابن شاس: يملك الشفيع المشفوع فيه بأداه الثمن وإن لم يرض المشترى، وبقضاء القاضى له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الإخذ، وبقوله أخذت وتملكت ونحوهما، ويلزمه ذلك إن قاله عالما بالشمن، فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك. وعلى ذلك إذا تملك ولم يدفع الثمن بعمد الإمهال فذلك على ثلاث صور:

الأولى: أن يسلم له المشترى بالمشفوع فيه صواحة بأن يقول: سلمت له الأخذ بالشفعة أو رضيت ذلك. وفى هذه الحال يباع الشفوع فيه على الشفيع ما يوفى به بنية الثمن إلى المشترى. بنية الثمن إلى المشترى.

الثانية: أن يسكت المشترى فلا يبدى رغبة في أخذ الشفيع للمشفوع فيه، وعندنذ يكون الخبار للمشترى إن شاء أخذ المشفوع فيه وإن شاء طلب أن يباع من مال الشفيع مايوفي حقه.

الثالثة: أن بقول الشفيع ابتداء: أنا آخدة، ولم يقل: أخذت، ويسكت المشترى عن إبداء وأيه. وفي هذا الحال يعطى المشفوع فيه للمشترى إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع وإتباعه بالشمن. وقيل: إن أواد المشترى في هذه الحال أن يلزم الشفيع باخذ المشقوع فيه كان له ذلك جبرا عن الشفيع، وعند ذلك يباع من ماله مايفي بحق المشترى. واجع منع الجليل في ص ٣٠٠١ وما بعدها.

⁽٢) إذا امتنع المشترى من قبض الشمن خلى الشفيع بينه وبيشه، أو يرفع أمره إلى القاضى ليلزمه بالقبض أو يتبض عنه وروض ج٢ ص٥٣٦٨.

على شروط وإشكال لايخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من الخفاء، فوجب أن يرجع إلى القضاء لأجل ذلك، حتى لايكون مثارا للنزاع.

مايجب على الشفيع أداؤه

ذكرنا فيما مضى أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمثل ماتملكه به المشترى إن كان البدل مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، والمعتبر قيمته وقت عقد البيع، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ولو حين قيام الشفيع بأدائها لم يلتفت إلى شىء من ذلك، ووجب على الشفيع أن يدفع قينمته التي كانت له عند الشراء، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التي أنفقها المشترى في إتمام صفقة البيع كأجرة الدلالة «السمسرة» وكتابة العقد ورسوم تسجيله.

الحط من الشمن: غير أن الشمن بعد تمام العقد به يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه، فإذا حط البائع منه شيئا عن المشترى انتفع الشفيع بذلك الحط، فيأخذ المبيع بالباقى من الثمن بعد الحط.

وعلة ذلك: أن الشفيع كما قدمنا يتملك بمثل ما يتملك به المشترى أو بقيمته، وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع، فإذا اشترى دارا بألف جنيه، ثم حط البائع منه مائتين التحق ذلك بأصل العقد، وكأن المشترى قد اشتراها ابتداء بثمانمائة جنيه فقط، فيتملكها الشفيع بهذا المبلغ لا بالألف، ولذلك إذا دفع الشفيع للمشترى الألف، ثم حط البائع عن المشترى مائتين رجع الشفيع على المشترى بمائتين: فاستردها منه، والنتيجة، أن حط البائع بعض الثمن عن المشترى _ سواء أكان ذلك قبل أداء الشمن أم بعده _ يظهر في حق الشفيع فلا يلزم الشفيع إلا بالباقي يعد الحط.

هبة بعض الشمن أو الإبراء منه؛ ومثل ذلك في الحكم: هبة بعض الشمن والإبراء منه؛ لأنهما كالحط في المعنى والتسيجة. على ماذهب إليه السرخسي^(۱) فيصحان ويترتب على كل منهما أثره، ويظهر في حق الشفيع - وإن حدث بعد أداء الثمن - خلافا لمن رأى أن الإبراء لايجوز إلا قبل أداء الثمن. وأما الهبة فتصح قبله وبعده.

⁽۱) تقدم ترجمته.

حط الثمن جميعه أو هبته أو الإبراء منه: ولكن إذا حط البائع كل الثمن أو وهبه للمشترى أو أبراء منه لم يظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأن الشفيع لايتملك بالمجان؛ ولأن ذلسك لايلتحق بأصل العقد؛ لأنه إن التـحق به كان البيع بلا ثمن. ولابيع بغير ثمن، وإنما يكون هبة ولا تثبت بها الشفعة. وعندئذ يتملك الشفيع العقار فيه بالثمن المتفق عليه مثلا أو قيمة إن كان التنازل عنه بعد أدائه إلى البائع، وبقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عنه قبل أدائه، ولعل وجمه التفرقة بين الحالين: أن التنازل عن الشمن بعد أدائه أشبه بالهية الحقيقية المستقلة منه بالحط والتنازل، فانقطعت صلنه بالبيع، فيجب حينتـذ على الشفيع أداء الثمن أو قبمته، ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلت بعند البيع أوثق لأنه إسقاط لبعض آثاره، وهو الشمن، وقد كان مقتضى ذلك أن ينقلب العبقد تبرعا، فيسقط حق الشفيع في الشفعة، ولكنا لم نذهب إليه بعد أن تقرر حق الشفعة محافظة على الحقوق، وعلى ألا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه، وكان من العدل حينت ذ: أن يلزم الشفيم بقيمة العقار، بعد أن تبين أن المعاوضة بين البائم والمشترى قد ذهبت وتلاشت، وأن المئتسرى قد تُملك العقار بلا عوض؛ ذلك لأن الشفيع إنما يلزم بالعوض، وقد ظهر أن لاعوض، فلم يبق إلا أن يسملكه الشفيع حينئذ بقيمته؛ لأنه لايتملك بالمجان.

الزيادة في الشمن: وأما إذا زاد المشترى في الثمن بعد تمام المعقد فلا تظهر هذه الزيادة في حق الشفيع، فإذا بيعت دار بالف، ثم زاد المشترى ممأنة في ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع، وأخذ الدار بالألف؛ لأن حقة في أخذها بالألف قد ثبت له بتسمام البيع بهذا الشمن، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته، حتى لايلحق به ضرر.

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل: إذا كان الشمن الذى أتم العقد عليه مؤجلا أو سنجما خير الشفيع عند أثمتنا الشلاثة بين أخذ العقار المبيع فى الحال بثمن حال فيلزم به فى الحال^(١) وبين أن ينتظر حتى يحل الأجل ويستحق أداء

⁽۱) وإذا اختار أن يدفعه كله حالا، قدفعه إلى المشترى ـ لأنه تسلم المبيع منه ـ لم يلزم المتشرى حيننذ بدفع الثمن إلى البسائع إلا عند حلول أجله، لاستـقرار العقـد بينه وبين البائع على شــروطه. كما في الجـــوط (ج) ١٤ ص١٠٣ه.

الثمن كله، فيأخذ المبيع حيشة ويلزم بالثمن. وليس يعفيه ذلك من وجوب المبادرة الى طلب الأخف بالشفعة مواثبة وتقريرا عند الطرفين، فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه في الشفعة؛ لأن حق الشفعة يتسرتب على وجوب العقد، فلابعد أن يقرر تمسكه به في الحال عند العلم وإلا سقط. ولكن له إذا ما احتار إرجاء الثمن إلى أجله أن ينتظر. فلا يطلب من المشترى أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضيا مستعدا لتسليمه إياه، ولا أن يرفع أمره إلى القاضى عند إبائه عليه حق الشفعة، حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع، وألزم بدفع الثمن، وذهب أبو يوسف أخيسرا إلى أن له الحق كذلك في أن ينتظر بالمطالبة ابتداء؛ لأن الطلب ماشرع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه، وذلك غير متأت لتأجيل الثمن وعدم رغبة الشفيع في دفعه حالا، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة مواثبة وتقريرا إلا عند حلول الأجل، وقد ذهب الشافعي على الأظهر من قبوليه، إلى ماذهب إليه أثمتنا طلائة(1).

وبناء على ماتندم إذا بيعت أرض بمبلغ ألف جنيه كان لشفيعها حق أخذها بهذا الثمن فإذا حط منه شيء بعد ذلك حط عنه كذلك بقدره، وإذا زيد فيه لم يزد عليه، وللشفيع إذا علم أن الثمن صورى وأن الحقيقي أقل مما جاء في وثيقة المبيع

⁽١) وذهب رُفر إلى أن الشقيع يستحق أخذ المشفوع فيه بما ثم التعاقد عليه قدرا وجنسا وصفة، فإذا كان الشمن حالا أخذه حالاً، وإذا كان منجما أو مؤجلا كله أخذه بنجومه، أو مؤجلاً إلى أجله. وذهب أحمد إلى ماذهب إليه زُفر مشترطًا يسار الشفيع، فإن كان معسرا لم يكن له إلا أن يأخذه حسالاً أو يأخذه مؤجلاً إلى أجله بشرط أن يحضر كفيلا به تتوافر فيه الملاءة والقدوة على أداه الثمن في أجله، دفعا للضرر عن المشترى أو البائع، وقال مالك: إذا كان الشمن مؤجلاً وقد وثقه المششري برهن أو كفيل وأراد الشَّفيع أن يَـاخذُه بثمنه إلى أجله، وجب عليه كذلك أن يوثقه برهن مـــــــــل رهن المشترى أو يكفيل ملى. ككفيل المشترى، فـــان لم يوثقه المشترى بشي. من ذلك وكان الشفيع مثله في اليسار أخمله بمثل ما أخمل به المشترى إلى أجله، وإن كسان الشفسيع أدني حالا من الحُشترى لزمه أن يونقه برهن أو كفيل، وإلا سقطت شفعته في جميع الأحوال المتقدمة إذا لم يتم بذلك. والفكرة العامة في هذا الخلاف ترجع إلى للحافظة على حقوق كلى من البيائع والمشترى والشفيع دون الإضرار باحدهم، فالحنفية والشافعية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط في العقا. وماتم الاتفاق على هذا الشرط إلا لقصد النرفيه على المشترى مع النقة به والطمأتية إلى وفائه بما عليه من دبون، فإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الاشتراط؛ لأذ البائع لم يلتزمه إلا للمشترى، ولم يلتزمه للشفيع، وقد لايرغب البائع أو المشترى في الترفيه عن الشفيم، وقد تكون نقتهم به معدومة ولا يطمئتون إلى وفيائه لما عليه من ديون، فلا يستحق الشفيع لذلك عليهما تأجيلاً، ويرى زفر أن الأجل صفة في الثمن لها فيه قيمتها ووزنها. ومادام الشفيع لايتملك إلا بمثل ما يتملك به الشترى أو بنيمته فإنه يجب أن يتملكه بالشمن مؤجلا إلى أجله كما تملكه المشترى بذلك. وقد تكون هذه النظرة للمالكية والحنابلة أيضًا، ولكنهم راعوا معها عدم الإضبرار بالبائع أو المشترى، فشرطوا مباشرطوا من البسار أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. وقد أخذ قاتون الشفعة برأى الحنفية؛ لأنه أبعد عن المنازعة.

أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبته أمام القضاء أخذ الأرض بالثمن الحقيقى، وإذا كان الشمن مؤجلا فإما أن يختار الشفيع أخد الأرض في الحال ويلزم بدفع الشمن حالا، وإما أن يتنظر بطلب تسليم الأرض إلى حلول الأجل، فإذا حل طلب أن تسلم إليه وأعطى عندئذ الثمن.

تصرف المشترى في المشفوع في زيادته ونقصه في يده

تصرف المشترى في المشفوع فيه: إذا تم عقد البيع بين البائع والمشترى ثبت ملك المشترى في الميع. ولايرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة كما قدمنا. وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاق لأخذه جبرا عن المشترى إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة وهذا الحق لايحول بين المسترى وبين تمتعه بآثار ملكه، فله أن يتنفع بالمبيع كما يشاء وعلى أى وجه أراد، فيستعمله أو يستغله. ويزيد فيه أو ينقص، ويبيعه ويهبه ويوصى به ويقفه، وعلى الجملة لا يتقيد المشترى في انتفاعه بسالمبيع، ولا في تصرفه فيه بأى قيد، لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها، فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها، ولكنه مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه، فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحينذ تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، فإن القضاء له بالمبيع في هذه الحال يبطل تلك التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرفات عدا القسمة مع البائع (۱) حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو التصرف بوقف العملة المناسفة و المناسفة

(۱) إقا اشترى شخص شقصا من دار ثم قاسم شريكه فتحت ذلك صورتان، الأولى: ألا يكون له فى دنه الدار شريك سوى بانعه الذى اشترى منه الشقص وقد قياسمه واختص بناحية فى الدار، وفى هذه الحال إذا أخذ الشنيع بالشفعة أخذ الحصة المضرة ولا تنقض القسمة الأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشترى، إذ المنصود من قبض المبيع حيازته، وتمامها يكون بالقسمة ولا صوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها فى الحال عند تسليم المبيع إلى الشفيع، وسواه فى ذلك أن تكون القسمة تمت بقضاه أم بغير قضاه. وروى الحسن عن أبى حينة أنها إذا تمت بالتراضى كان للشفيع أن ينقضها إذ تصير فى هذه الحال كتسعرف صادر من المشترى لما فيها من معنى المبادلة المبنى على التراضى، وقد يستفيد من هذا المتقض. أما فى حال جبريانها بالقضاء فتعبر طريقا لنمين المبيع بالنضاه. فإما أن يأخذ الشفيع ماعينه القضاء مبيعا أو يترك. راجع المسوط قص ١٠٩ ج١٤٥. وفى الهندية قص المرابع عنى يكون ذلك طريقا لوقع ماقد يراه من الغبن، وهذا لا يخلو عن نقد بين وجهه، إذ في أي جانب من المبيع حتى يكون ذلك طريقا لوقع ماقد يراه من الغبن، وهذا لا يخلو عن نقد بين وجهه، إذ مى ذلك لبس إلا نقض القسمة، وخاصة إذا لم تكن الحستان مساويتين.

الثانية: أن يكون للمشترى شريك آخر غير ألبائع وقد تمت القسمة بين الشلائة وفي هذه الحال يكون للشغيع نفض القسمة إذ القسمة حينشذ ليست من تمام التسليم والقبض، بل تصرف مستقل عن الشراء فيسحق للشغيع نفضه حتى يتجنب في القسمة الذين، راجع الهندية (ج٥ ص٢٨١)، من باب تصرف المشترى في المشفوع. مقبرة أو بهبته لآخر مع تسليمه إليه. غير أن المشترى إذا باع العقار المبيع لآخر، كان الشفيع بالخيار حينئذ إن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالبيع الثانى؛ لأن كل عقد يثبت له حق الأخذ بالشفعة (١١)، فإن أخد بالأول بطل الثانى، وإن أخذ بالثانى لزم الأول.

وإذا تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه، فوهبه لآخر وسلمه إليه، أو جعله مسجدا وطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن رضا المشترى فى هذه الحالة لايكون كافيا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، لزوال يد المشترى عنه ونفاذ تصرفه فيه، وثبوت حق غيره عليه، وإذن فلابد للشفيع من القضاء له به حتى يتملكه، ويبطل حق غيره فيه، فإذا قضى له به ترتب على ذلك بطلان الوقف أو الهبة؛ لأن القضاء قد أظهر أن حقه فى المبيع كان أقوى من حق المشترى فيه، وأنه أولى به منه، وأن المشترى قيد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به، فلا يسنفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع. وإلى هذا ذهب الشافعي (١).

زيادة المشفوع فيه في يد المسترى: وإذا نما المسفوع فيه في يد المشترى، بأن حدث النماء بعد القبض فأخذه المشترى قبل تملك الشفيع كان خالصا لأنه نماء ملكه، فإذا أجر المشترى الأرض بعد تسلمها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشترى لأنها غلة ملكه، وكذلك إذا كان

⁽۱) إذا تساوى الثمنان في البيعين فيلا إشكال، كدار ببيعها محمد لاحمد بالف جنيه ثم ببيسعها أحمد لرشيد بالف جنيه فياخذها شفيعها بالف جنيه استنادا إلى أي البيعين شاه ويدفع الثمن إلى من يتسلم منه الدار، وإن كان الثمن في البيع الثاني أكثر بأن باعها أحمد لرشيد بالف وماتي جنيه، فالمستول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الأول لقلة ثمن ويتسلم الدار ممن هي يده، ويؤدي إليه الشمن وهو الألف فإن كان الأداء لاحسد لأنه تسلم منه الدار، رجع رشيد على أحسد بما دفعه إليه من ثمن (١٢٠٠) إن كان قد دفعه إليه وإن أداه لرشيد؛ لأن الدار كانت في يده، رجع رشيد على أحمد بالفرق بين الشمنين وهو ماتنا جنيه إن كان قد دفع إليه الثمن حتى يسلم له ماله، فإن لم يكن قد دفع إليه الثمن لم يكن عليه إلا أن يدفع الألف التي أخذها من رشيد إلى أحمد؛ لأن ذلك المبلغ حقه.

وإذا كان الثمن فى البيع الثانى أقل، بأن باعها أحمد لرشيد بشمائاته جنيه. فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الثانى لقسلة ثمنه، ويدفعها إلى من يتسلم منه الدار. وليس لرشيد إن كان قد أدى الشمن إلى أحمد إلا أن يرجع به عليه إذا لم يأخذه من الشفيع.

⁽٢) وذهب أحمد إلى أن تصرف المشترى فى المشفوع فيه قبل الطالبة به يبطل حق الشفعة إذا كان بوقف أو ببية أو بشصدق، محافظة على حقوق الموقوف عليهم والموهوب له والتصدق عليه؛ لأنها نسأت عن تصرف مالك فى ملكه، ولا يبطل إذا ماتصرف المشترى برهن أو بإجارة، لبقاء ملك المشترى مع ذلك، وإذا تصرف ببيع كان للمشفوع فيه أن يأخذ بالشفعة إن شاه بالبيع الأول وإن شاه بالبيع الثانى. كشاف اج٢ص٣٨٦٠.

فى الأرض شجر فأثمر وأدرك وأخذ المشترى الشمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصده المشترى، فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئا من ذلك بخلاف ما إذا كان الثمر موجودا عند الشراء، فإن له حكما آخر سيأتى فى أحكام نقص المشفوع فيه، ويتخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يجده المشترى حتى حكم للشفيع، فإنه يكون للشفيع حينتذ تبعا لأصله كما فى التبيين والبحر والهداية (١).

وإذا والد المشترى فى العقار المشفوع فيه قبل أن يتملكه الشفيع، ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداء، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها، فإن كانت هذه الزيادة لاتقبل الانفصال سواء أكان ذلك راجعا إلى طبيعتها كإصلاح الأرض بشق مصارفها وكثرة غلها بالماء وتسبيدها وشق المراوى فيها وحفر الآبار ورفع الأحجار والرمال منها ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك، أم كان راجعا إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها، كطلاء أخشاب الدار وجدرها مثلا: فإن الشفيع يأخذ المبيع بشمنه مضافا إليه مازادته هذه الزيادة فى قيمته، فأصبح بعد الزيادة فيه بسبها يساوى ١٥٠٠ جنيه أخذه الشفيع بذلك(٢).

وإن كانت هذه الزيادة تقبل الانفسال بلا ضرر يحدث في العشار من انفسالها، وكان لها نهاية معلومة كالزرع في الأرض. فإن العقار يبنى في يد المشترى إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصد، ثم تسلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع، ولايمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشترى طيلة مدة بقائها في يده، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يقضى للشفيع في هذه الحال بشفعته، إلا بعد أن يدرك الزرع. وهذا ما في المسوط هي المشترى أجرا. وإلى هذا ذهب

⁽١) ولعل وجه ذلك: أنه في هذه الحال يعتبر كالجزء من المبيع، وخاصة إذا لم يدرك ولبس بزبل هذا مانى هذا الحكم من موجبات النقد. فإن النماء على أية حال يعتبر مالا قد نولد من مال مملوك للمشترى. فبجب أن يكون ملكا له تبعا لأصله، ولا يستحقه الشفيع على أية حال.

⁽۲) محل ذلك: إذا كانت قيمة العقبار عند بيعه الفا كشمته. أما إذا كانت قيمته عند البيع ثمانمانة جنيه وقد صارت قيمته بالزيادة ١٥٠٠ جنيه خصمانة جنيه والف، فإن مقدار مازادته فيه سبعمانة جنيه، وجبنذ ياخذه الشفيع بسبعمانة واتف، أى بالثمن مضافا إليه الزيادة، أو يترك. هذا مايظهر لى من قولهم: إن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن وأعطى مازاد فيها المشترى. واجع الخانية وج٣ ص٤٤١٠.

الإمام مالك وأحمد (١) والأول أصح عند الحنفية. وإن لم يكن لها نهاية معلومة كالبناء والغراس، كان للشفيع أن يكلف المشترى بهدم بنائه ورفع أنقاضه، وبقلع شجره وأخذ أخشابه، ليتسلم العقار خاليا عما زاده فيه المشترى. مادام متمسكا بحقه في الشفعة.

ويجوز لهما في هذا الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وماعليه من البناء والشجر بثمنه مضافا إليه قيمة البناء والشجر مستحقى القلع (٢).

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضر بها بسبب مايحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة، فإن المشترى لايمكن فى هذه الحال من رفع زيادته، وللشفيع حيشة أن يتملكها إذا أراد جبرا عنه بقيمتها مستحقة القلع دفعا للضرر عن نفسه، ولاضرر على المشترى فى ذلك؛ لأنه يعد ظالما بإبائه البيع، وإصراره على رفع زيادته مع مايترتب على ذلك من ضرر بالأرض؛ وهذا ماجاه فى كتب ظاهر الرواية من أحكام فى هذا الموضوع (٣).

وذهب أبو يوسف فى رواية عنه إلى أن الشفيع ليس له فى الأحوال السابقة حق تكليف المشترى بهدم البناء وقلع الشجر، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العتار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين فى الأرض؛ ذلك لأنه لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا؛ لأنه إنما بنى وغرس فى ملكه، فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عه بحق الشفيعة وجب ألا يترتب على ذلك ضرر به وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما؛ لأن الشفيع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمته. والمشترى قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع

⁽۱) ذهب الشافعي وأحمد إلى أن الزرع والثمر يبقيان في الأرض بلا أجر إلى أوان الحصاد للزرع، والجذاذ للثمر لانه زرع ملك نفسه، وهذا يدل على أن الثمر لايكون للا غيم في هذه الحال، كما ذهب الحنفية بل للمشترى وهذا الرأى أوجه لانه ثمار مال علوك للمشترى، وإن كان لما يدرك.

 ⁽۲) إذا كان أساس هذا ترافسيهما معا فإن تحديد أخذ الزيادة بسهذه القيمة يكون قليسل الفائدة؛ لأن العوض سيكون نتيجة لانفاقهما أيضا. وقد يتجاوزان به إلى قيمتهما قائمين. ولاحرج عليهما في ذلك.

⁽٣) في هذه الحال انتفع الشقيع بما زادته الزيادة من قيمة في العقار نظير قيامه بدفع قسيمتها مستحقة القلع. وذلك أقل من الزيادة بكثير، وفي الحال الأولى يتنفع بالزيادة نظير دفع مازادته من قيمة، وهذا عدل، وما خالف بين الحسالين في الحكم إلا أن الزيادة التي زادها المشترى في إحداهما لانقبل الانفسال وفي الأخرى تقبل الانفسال، ولكن لايمكن منه المشترى لما يترتب عليه من الضرر بالعقار، فهل هذا انفرق ببرر الاختلاف في الحكم؟ اللهم لا.

بأخذ شيء قد لايرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشترى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مستحقى القلع، وعند تعارض الضررين يحتمل الأقل.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشترى حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكد لغيره من غير إذن منه، وهو تصرف يمس حقه، لعدم إمكان تسليم العقار إليه حينذ بدون هذه الزيادة، فكان بذلك متعديا؛ لأن حق الشفيع أقوى من حقه، ألا ترى أنه يستطيع نقض تصرفات المشترى جميعها؟ ولهذا كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذا لم يسفعل لزمه أن يتحمل مايترتب على فعله هذا من ضرر.

وبرأى أبى يوسف أخذ أحمد «كما فى كشاف القناع» إذا كان المشترى قد بنى أو غرس قبل طلب الشفيع لا بعده.

وفى كتب الحنفية أن مذهب الشافعى ومالك كرأى أبى يوسف، ويؤيده ما فى المدونة وما فى كتاب اختلاف العراقيين للشافعى، ولكن الموجود فى النهاية من كتب الشافعية» أن للشفيع الخيرة، فإما أن يبقى البناء والشنجر بأجر المثل، وإما أن يكلف المشترى قلعهما، ويلتزم له بالفرق بين قيمتهما مقلوعين، وقيمتهما قائمين، وإما أن يتملكهما قائمين (١).

وقد أخذ قانون الشفعة برأى وسط، استنبطه مما ذهب إليه الحنفية، فأخذ برأى الطرفين إذا مابنى المشترى أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة، وبرأى أبى يوسف إذا مافعل ذلك قبل مطالبة الشفيع بها. هو توفيق حسن؛ لأن إقدام المشترى على البناء والغراس بعد الطلب إهمال بين لحق الشفيع بعد أن تقرر بالطلب، فيكون به متعديا، فيعامل معاملة المعتدى، ويتحمل مايترتب على عمله من ضرر، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة، فإن حق الشفيع حينذ لم يتقرر، وعساء لايطلبها فلا يظهر تعديه.

نقص المشفوع في ه المشترى: وإذا نقص المشفوع في يد المشترى، فإن كان النقص فيما يتبعه مما يدخل في عقد البيع تبعا من غير نص عليه في العقد، كالبناء والشجر، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص، فإن كان

⁽١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

النقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابت، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن بأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه في مـقابلة ما انهـدم من البناء، أو ماجف من الشـجر؛ لأنهمـا ما دخلا في عقد البسيع إلا تبعا، وما كان كذلك لايخصه حسصة من الثمن، فإذا زال ، لم ينقص الثمن بسبب زواله (١)، ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع؛ لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة في المنقول، ولات عتب تابعة إلا عند اتصالها، وإنما يأخذها المشترى لانفصالها عن العقار، ولا يأخذها مجانا، بل تحتـب عليه بـحصة من الثمن تتناسب مع قيمـتها وقت أنحـذها، ولايلزم الشـفيع حـينشـذ إلا بدفع الباقي، وطـريقة الوصـول إلى معرفته: أن تقوم الأنقاض أو الأخساب عند أخذها(٢)، وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا عند عقد البيع، ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه، وقسيمة المبيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٥ في المائة فلا يدفع الشفيع منه عند أخذه العقار المشفوع إلا في ٩٥ في المائة من ثمنه، ومثل ذلك في الحكم إناماباع المشتـري من العقار المشفوع أتربة قبل أخذه بالشفعة، فإنه ينقص من الثمن بنسبة قيمة ماباع عند بيعه إلى قيمة المبيع عند العقد عليه أيضا على مايناه (٢).

وإن كان النقص بتعد كأن اعتدى على البناء متعد فهدمه، أو على الشجر فتلعه، سواء أكان المشترى أم غيره، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وهي ما يبقى بعد نقص مايخص البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقد وقد خلا من البناء أو الشجر، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى، فتكون هذه النسبة هي نسبة حصة الأرض في الثمن إلى الشمن جميعه، فإذا كانت الأرض قد بيعت بما عليها من البناء بألف وماثتي جنيه، وتسلمها المشترى، ثم اعتدى شخص

⁽١) وذهب الحنابلة إلى أن المتفوع فيه إذا تلف بعضه فسانهدم بناه الدار التى بيع شقص منها، سواء أكان ذلك بغط مطر أو زلزال أو بفعل آدمى فإن للشفيع أن ياخذ الباقى بحسسته من الثمن. وإذا كان النقص بالتعبب فقط مع بقاء المشفوع فيه كانشقاق الجدار أو تشعث الشجر فليس للشفيع إلا أن ياخذ بكل الثمن أو يترك والتشعث: النف ا

^{...} (٢) إنما تومت وقت أخذها لأنه وقت حبسها عن الشفيع كما في رد المحتار اجـ٥ ص١٦٦٤.

 ⁽٣) إذا كان أخذ الاتربة فساوا بالارض كان ذلك إتلافا لما دخل تبعا، وكان الحكم كالحكم عند التعدى على
 التابع. وأسا إذا لم يكن ضارا بها كان حكمها حكم الشجر السائط بلا اعتداء أخذه المشترى فباعه، فيكون
 التتويم وقت حسه عن الشفيع وذلك عند بيعه لاعند بيع الارض. هذا ما ظهر لى.

على البناء بالهدم، ثم طلب الشفيع الشفعة، فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العقد، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه وألفا، ثم نقومها كذلك وبناؤها مهدوم، ولتكن قيمتها حمسمائة جنيه، ثم ننسب هذه القيمة إلى القيمة الأولى، فإذا النسبة بينهما الثلث، فنعلم أن حصة الأرض من الثمن الثلث وهو مايسجب على الشفيع أداؤه إذا أنحذ الأرض، ومقدار ذلك من الثمن أربعمائة جنيه، ويكون للمشترى في هذه الحال جميع النقض، لعدم ثبوت الشفعة فيه، لانفصاله عن العقار، وبهذا وقت العقد في التقويم؛ لأنه وقت تملك المشترى وثبوت حق الشفيع، كما روعى دائما فيه قيام البناء على الأرض ولم يقوم أنقاضا، لصيرورته حينشذ أصلا مقسودا فيه قيام البناء على الأرض ولم يقوم أنقاضا، لصيرورته حينشذ أصلا مقسودا بيقوم بناء قيائما؛ لأن البناء بالنسبة للأرض تبع عند الحنفية، فلا يقيابله جزء من الثمن إلا عند الاعتداء عليه، ولانهدامه في هذه الحال بغير اعتداء لم يقابله شيء من الثمن، وكيان الثمن كله للأرض وحدها، ولكن حين يأخذ المشترى النفض من الثمن، وكيان الثمن كله للأرض وحدها، ولكن حين يأخذ المشترى النفض على الوجه الذي بيناه سابقا ولايقوم إلا حين الحبس أي منفصلا عن الأرض (1)

هذا، ومما هو جدير بالملاحظة أن المشترى إذا كان هو المعتدى فقد استوجب اعتداؤه نقص حصة من الثمن، هى حصة ما أتلفه، وإن كان المعتدى أجنبيا، فإنه يضمن للمشترى قيمة ما أتلفه وقت إتلافه، وقد تكون تلك النيمة مساوية لما نقص من الثمن أو أقل أو أزيد، تبعا لاختلاف القيم باختلاف الأوقات، والعرم حال انخفاضها بالغنم حال ارتفاعها.

وإن كان النقص في هذا العقار المشفوع فيه، أو فيما نص عليه في العقد من تابع له، كالزرع في الأرض والشمر على الشجر وآلات الحراثة وماشيتها ونحو ذلك، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التي بيناها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غير اعتداء، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع وقمح أو شعير أو خضر، أو بما على شجرها من الثمر، أو بآلات على حافة نهر _ فأصاب الزرع عند المشترى آفة أهلكته، أو

⁽١) راجع المسوط (ج١٤ ص١١١٥.

أصابت ثمر الشجر فأسقطته، أو سرقت آلات الحراثة، أو جرف ماه النهر جزءا من الأرض، أو اعتدى على الزرع معتد فقلعه من الأرض، أو أحرق الآلات، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، وذلك بأن يقوم الزرع والثمر أو آلات الحراثة، أو ماجرف من الأرض شم تنسب القيمة إلى قيمة المبيع كله وقت العقد، ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسبة على مابينا من قبل، فيأخذ الشفيع بما بقى، وتكون الأنقاض للمشترى؛ لأن الشفيع إنما يأخذها تبعا للعقار، وقد زالت تلك التبعبة بانفصالها عنه، ويكون تقويم المبيع بحسب حاله وقت العقد، وكذلك تقويم النالف (١) سواء كان تلفه بتعد أو من غير تعد، لأن الشفيع يأخذ المبيع بما قام به على المشترى وقت العقد، فلا عبرة بما يحدث من التغيير بعد، من ارتفاع في القيم أو نقص فيها، فإذا ماحسصل ارتفاع، فذلك من حظ المشترى مادام لم يدخل في ملك الشفيع (٢).

ما تسقطبه الشفعة

يستط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية:

الثمن كما بينا.

الأول ـ الرغبة عنها صراحة، وينلوج تحت ذلك ما يأتى:

(۱) الإسقاط الصريح، كأن يقول الشفيع: أسقطت حقى فى الشفعة، و تنازلت عن شفعتى، أو رغبت عنها، أو نحو ذلك. ولايكون ذلك مسقطا لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته، إذ لايقبل الإسقاط إلا الحق الثابت (۱۳)، وأما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط. وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشترى (۱) ربهذه الطريقة عنها يتوصل إلى معرفة ثمن المعلو المثفوع فيه إذا بيع مع منقول صفقة واحدة بثمن واحد، كان تباع دار وسيارة، باربعة الاف جنيه، فإن شغيم الدار له الحق فى اخذها دون السيارة، وعندنذ يقدر

⁽٢) هذا قول أبس يوسف، وعند محمد إذا كان الشالف شجرا أو شرا أو زرعا تقوم الأرض عند العقد مزروعة وغير مزروعة وغير مشرة وغير مشمرة، فربما لايكون لذلك وقت العقد قيمة تذكر فينضرر الشفيع بتقويمه عند العقد، ولذلك يدفع هذا الضرر بأن يقسم الشن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة. فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض، ياخذها الشفيع بذلك، ولاشك أن هذا أعدل، فقد يكون الشمر أر الزرع عند العقد عديم القيمة، فيلزم الشفيع بكل الشمن. بينما المشترى قد انتفع مع ذلك بما يستحقه الشفيع بمنتضى العقد. واجع المسوط ح ١٤٤ ص ٢١٤، وما بعدها.

⁽٣) إذا سلم الشفيع الشفيعة للعشترى وهو لا يعلم بالشواء فهو تسليم، وإن صدقه المشترى أنه لايعلم ، لأنه صريح باستفاط حقب عدد الوجوب، وعلسمه به ليس بشوط لإستفاطه باللفظ الموضيوع له، كالإبراء عن الذين، المسسوط اجدًا ص١١٣٥ ومحل ذلك إذا لم يخدوع ويسلم على اعتبار أن لاحق له، وأما إذا سلم على هذا الاعتبار ثم ظهر أن له حقا كان له حق الشفعة. المسوط اج١٤ ص١٥٥».

دار، لانه بريد بيمها، أو عرض الشريك على شويكه أن يشترى حصنه فأبى، لم يسقط بذلك حقه في الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغبره. وكدلك إذا قال الجار لجاره أو الشريك لشريكه قبل البيع: لا رغبة لى فى الأخذ بالشفعة، أو قال: لن أطالب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك، لم يلتزم بما قال، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع. وفى ذلك خلاف أهل الظاهر وبعض السلف. فقد قالوا: إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره، وكذلك إذا أعلن أنه لايرغب فى أخذه بالشفعة؛ لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تغريرا، ولا يقر على ذلك التغرير.

وكذلك لايـقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتـملك المشفوع بـالرضا أو بالقضاء؛ لأن إسـقاطه في هذه الحال يعد إسـقاطا لحقه في المشفوع. وليس ذلك الحق إلا ملكا، والملك لايقبل الإسقاط، وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية. أو الفسخ برد المبيع بسبب فاسخ للعقد.

(ب) المعاوضة على حق الشفعة، فإذا أسقطه الشفيع نظير عوض مالى سقط حقه ولم يجب له العوض، ومثل ذلك ما إذا باعه، وتوجيع ذلك يكون ببيان نقطتين.

الأولى بيان السبب فى سقوطه، مع أن الشفيع فى واقع الأمر ومعناه: إنما على سقوطه على مال يجب له عوضا عنه، وهذا المال لم يجب ولم يوجد، والمعلق على غير موجود يعتبر كذلك غير موجود إلى أن يوجد بوجوده. الثانية: بيان السبب فى عدم وجوب المال للشفيع بتلك المعاوضة، مع ظهور منفعة المتعاقدين فيها.

فأما عن المنقطة الأولى فقالوا: إن هذا التعليق فاسد؛ لأنه يقتضى استحقاق مال بالباطل، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشيئة، ولا أثر له فى المبيع، وما كان كذلك لايعد مالا ولا يستحق به المال، ويكون استحقاق المال به وجعله سببا لذلك مخالفا للمشروع، فيلغو ذلك التعليق لهذا السبب، وإذا لغا ذلك التعليق وبطل بقى الإسقاط وكأنه إسقاط مطلق لاتعليق فيه، فيفيد أثره بن سقوط الحق، دون أن يجب به المال، وأما عن النقطة الثانية، فقد تبين لنا فى

بيان النقطة الأولى أنها معاوضة مخالفة للمشروع فتكون باطلة والباطل لايفسيد التزاما(١).

وخالف فى ذلك كثير من المالكية، فأجازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل^(۲) وأما قول وأوجبوا البدل بذلك الشفيع على من التزمه، ولاشك أن هذا بين ^(۳). وأما قول الحنفية: إن حق الشفعة لايجبوز الاعتياض عنه فسمحل نظر، على أننا إذا سلمنا ذلك لهم لم نجد مبررا للقول بسقوط الحق مع تعليقه على أمر لم يتحقق.

(جم) التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء. فإذا تنازل شفيع لأحد الشفعاء عن حقه في الشفعة بعد ثبوته له وكان ذلك قبل تملكه المشفوع، فإنه يسقط لما في ذلك من الرغبة عنه ثم تكون حصته بين سائر الشفعاء بالسوية، لا يختص بها من صدر التنازل له؛ لأن المتنازل لم يملك بالشفعة شيئا يصح أن يملكه لغيره.

(د) رضا الشفيع بالمشترى، فإذا علم به فرضيه جارا أو شريكا، بأن كان منه مايدل على ذلك سقط حقه فى الشفعة؛ لأن هذا الحق لم يشرع إلا لدفع مايتوقع من ضرر الدخليل ولايتوقع منه ضرر للشفيع بعد أن رضى عنه.

الثانى الرغبة عنها دلالة. ويندرج تحت ذلك ما يأتى:

(i) تأخير طلب المواثبة عن وقته بلا عــذر، كأن يعلم بالعقد وبالمبيع وبالثمن وبالمشترى، ثم لايبادر إلى الإعلان عن تمــكه بحقه فى الأخذ بالشفعة بلا عذر حتى ينتهى المجلس، فإذا علم فــقال: على أن أتروى فى الأمـر ونحو ذلك ولم يطلب، سقط حقه فى الشفعة.

(ب) تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر، أو عدم القيام به في مكانه كما قدمنا. وكذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه في طلب التقرير، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مسقطا للشفعة.

⁽١) وإلى هذا ذهب الشافعية غير أن منهم من قبال: إن شفت لاتسقط بهذه المبادلة إلا إذا علم أنهما مبادلة باطلة، فإن كان يظن أن المبادلة صحيحة لم تسقط، روض (ج٢ ص٣٧٩).

 ⁽٢) روى عن مالك: إذا أسلم الشفيع الشفعة بعد الشواء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشواء بطل ورد
 المال، وكان على شفعة.

⁽٣) في المدرنة: ومن رجبت له الشفعة فجاء اجنبي نقال له: خذ بشفعتك ولك مائة دينار أو وأربحك فيها، نلا يجوز، ويرد ذلك إن وقع. ولايجوز له أن يأخذ بشقته لغيره ا.هـ. وبناه على ذلك إذا أخذ الشفيع بالشفعة ليملك غيره بعد ذلك لم يجز، ويطلت شفعته. منح ٣ج٣ ص ٤٥٩.

(جه) تأخير طلب الخمصومة أمام القاضى مع التمكن منه عند غير أبى حنيفة، وقد فصلنا ذلك.

(د) مارمة الشفيع للمشترى فى المبيع بعد علمه بشرائه، ولو كان ذلك بعد مطالبت بالشفعة، كأن يطلب منه استئجاره أو شراءه بثمن أقل، أبر إشراك معه فيه؛ لأن ذلك يعد رضا منه بشركته أو بجواره، فإن للإجارة مدة تنتهى بانتهائها، فيعودان خليطين أو جارين، وطلب الشراء بثمن أقل يتضمن عدم الرغبة فى المبيع بالثمن المتفق عليه، ويتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا، وطلب الاشتراك صريح فى الرضا بالشركة، ومن يرغب فى شركته يرغب فى جواره.

أما إذا لم يعلم بالشراء، ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلاً لم يسقط حقه إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه.

(ه) قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه. فإذا وكل الشريك شريكه في بيع حصته أو الجار جاره في بيع داره أو أرضه فباعنها له لم يكن أبذا الوكيل حق أخذها بالشفعة بناه على هذا البيع؛ لأن قيامه بذلك يتضمن رغبته عن أخذه بالشنعة، ذلك لأن الوكيل في البيع يعتبر عملكا، وبسبب مباشرته للعند يكون ملتزما بتسليم المبيع إلى مشتريه وإتمام تلك الصفتة له، فإذا ماجاز أخذ المبيع في هذه الحال بالشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته، وكان ذا موقنين متعارضين، أحدهما يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعا، وثانيهما يجعل له حق استبقائه، وذلك باعتباره شفيعا، فلا يقبل منه ذلك، وهذا بخلاف قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشترى (۱) لأن قيامه بهذا العقد يعتبر سعيا منه في تحقيق سبب شفعته، ولايكون ملتزما بأن يسلم المبيع إلى مشتريه، لأن له أن يتخلى عن ذلك بسبب أنه بوكالته عنه لايلتزم له بشيء، فلا يكون في موقفه تناقض، فيثبت له حق الشفعة.

(و) اشتراط البائع خيار الشرط للشفيع وقبوله ذلك، فإذا باع شريك حصته في دار وجعل خيار الشرط لشريكه، إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسنخه، فقبل

⁽١) ذهب الشانعى إلى أن الوكسيل فى البيع أو فى الشراء إذا كان شفيصا كان له حق الاخذ بالشفعة فسيما باعه لموكله أو اشتراء، وسبب ذلك أن الحقوق الاترجع إلى الوكيل عنده، بل إلى الموكل، فلا يتعارض موقفه بانعا مع موقفه شفيعا، راجع الروض (ج٢ ص٣٦٧).

ذلك، وأمضى البيع سقطت شفعته؛ لأن إمضاءه دليل رضاه بشركة المشترى، وإن فسخه لم يكن له حق الشفعة أيضا؛ لأنه إنما يثبت بالبهيع وقد ارتفع بالفسخ (۱) وهذا بخلاف ما إذا شرطه المسترى للشفيع، إذ للشفيع في هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه حق الأخذ بالشفعة لحروج المبيع من ملك بائعه، فإن فسخه فلا شفعة لزوال السبب في ثبوتها (۱)، وإن أمضاه فلا شفعة له كذلك على مايظهر لى؛ لأن إمضاءه مع عدم الحاجة إليه في ثبوت الشفعة يعد دليلا على الرضا بالمشترى.

(ز) ضمان الشفيع المشترى فى الشمن للبائع، أو ضمانه للمشترى الدرك (^(T) فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشترى فى الثمن، أو ضمن للمشترى درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشترى، فيسقط حقه فى الشفعة.

الشَّالث مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به علي رأى محمد، خلافا لأبى يوسف، وقد بينا هذا.

الرابع أن يخرج الشفيع العقار الشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه، سواء أكان يعلم ببيعه أم لا. فإذا باع شخص حصته من الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه، سواء أكان بيعه لحصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قمد باع حصته، وذهب أحمد إلى أن حقه لايسقط إلا إذا كان بيعه لحصته بعد العلم ببيع شريكه، أما إذا باع قبل أن يعلم، وكان بيعه بعد بيع شريكه، كان له حق الأخذ بالشفعة (3)؛ لأن بيعه في الحال الأولى يعد إعراضا عن حقه، وليس كذلك بيعه في الحال الثانية، فيكون له حق الطلب لثبوت حتمه قبل أن يبيع، وعدم سقوطه بالبيع، لأن أحمد لايشترط أن يبقى الشفيع مالكا يشفع به حتى يملك.

⁽١) أي ولم يتحقق قبل ذلك خروج المبيع من ملك بائته، وهو الشرط لثبوت الشفعة.

⁽٢) أي ولأن إعراضه عن سببها وشغله برنعه إعراض عنها.

⁽٣) ضمان الدرك: أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشترى من استحقاق للمبيع ونحوه.

⁽١) ذهب الشانعى إلى أنه لو باع الشقيع حصته فى العقار المشترى أو بعضها بعد ثبوت السبب ـ وهو العقد ـ وقبل النملك سقطت شفعته فى بعض الجيع فى الحال الأولى، ولرضاه يسقوط شفعته فى بعض الجيع فى الحال الثانية، وهى لاتتجزأ بعد وجود السبب روض ٣٢٧٠ ص٩٣٧٥.

الخامس عدم إحضار الثمن عند القضاء بالشفعة على ماروى عن محمد، ورواه الحسن عن أبى حنيفة ، وقد بينا هذا فيما تقدم.

السادس موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فيسقط حمقه في الأخذ بالشفعة بموته، ولا ينتقل إلى ورثته، وقد بينا ذلك أيضا فيما مضي.

وقد علمت أن أرجح الآراء عند الحنابلة أن الشيفيع يتملك العقار الشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشترى أو قيضاء من القاضى، وعلى هذا إذا توفى الشفيع بعد الطلب، فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه، فبورث عنه؛ لأنه عين مالية مملوكة، أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حتى الشفعة لسقوطه بالموت حينئذ.

خلاصة الباب

الشفعة: الشفعة هي حق تملك العقار المبيع لمن مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى، فإذا اشترك اثنان في منزل، فباع أحدهما حصته فيه اثالث، كان لشريكه الحق في أن يتملك هذه الحصة من مشتريها، فيأخذها منه بما دفع فيها من ثمن، وبما أنفق فيها من مصاريف ضرورية ، رضى بذلك أم أبى. ويسمى هذا الحق بالشفعة، وصاحبه بالشفيع، والمبيع بالمشفوع، أو المشفوع فيه، وما يملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة يسمى بالمشفوع به، ويستعملون وما يملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة يسمى بالمشفوع به، ويستعملون الضرر عن الشريك أو الجار، وهو الضرر المتوقع من الدخيل. وتشبت عند الحنفية بواحد من ثلاثة:

(۱) الشركة فى العقار المبيع، فإذا بيعت حصة من دار لأجنبى عن الشركاء، كان للشركاء فيسها حق أخذها منه، وإذا بيعت لأحدهم كان لهم حق الاشتراك معه، وفى الحالين يقسم المبيع على رؤوسهم إن تعددوا، لافرق بين شريك فى كل الدار، وشريك فى ناحية منها، وذهب الشافعى ومالك وأحمد إلى أن المبيع يقسم بين الشركاء عند تعددهم قسمة تتناسب مع حصصهم فى العقار المشترك الذى بيعت حصة منه.

وثبوت الشفعة بالشركة في العقار ليس محلا لخلاف أحد إلا أبا بكر الأصم.

(٢) الشركة فى حق العقار الخاص، والمراد به: الطريق الخاص، وهو الذى يملك الشركاء فيه حق منع غيرهم من استطراقه، والشرب الخاص، والمسيل الخاص، ويعد كل منهما خاصا إذا كان الشركاء فيه أقل من مائة، أما إذا بلغ الشركاء فيه مائة أو زادوا فإنه يعد عاما،

ولا حق لبؤلاء في الشفعة إلا إذا لم يوجد شركاء في العقار المبيع، أو وجدوا وتنازلوا جميعا عن حقهم في الشفعة، وروى عن أبي يوسف: أن وجود الشريك في العقار المبيع يمنع الشركاء في حقوقه الخاصة من حق الشفعة، حتى بعد

وإذا اجتمع الشركاء في الحقوق الخاصة، ولم يوجد معهم شريك في العقار، أو وجد وتنازل عن حقه قدم الشريك في الشرب، ثم الشريك في الطريق، ثم الشريك في المسيل، وهذا السبب ينفرد به الحنفية.

(٣) الجوار، والمراد به: الجوار الملاصق ، ولافرق بين جار من جانب، وجار من ثلاثة جوانب، ولابين جار ملاصق بحقدار شبر، وجار ملاصق في باقى الحدود، وليس للجيران حق الشفعة إلا إذا لم يوجد شفعاء بالشركة في نفس العقار، ولا شفعاء بالشركة في حقوقه، أو إذا وجدوا وتنازلوا جميعا عن حق الشفعة.

ولايمتاز أى شفيع عن آخر فى مرتبــته بتعدد أســباب شفعــته؛ كأن يُكور شريكا وجارا، والآخر شريك فقط، ويعتبر من الجوار: اتصال العلو بالسفل.

شروط الشفعة: يشترط في المشفوع فيه شرطان:

أولهما - أن يكون عقارا، سواء أكان عينا مفرزة أم حصة فيها، كبيرا متسعا أم صغيرا ضيقا. ولايثبت حق الشفعة في منقول، إلا إذا كان تابعا للعقار، وبيع معه في صفقة واحدة، ويعتبر تابعا له إذا كان متصلا به، كاتصال البناء والشجر والزرع، أو متصلا بذلك، كاتصال الثمر بالشجر والبلح بالنخل، أو كان أداة من أدوات استثماره، كآلات الحراثة وما أشبهها بالنسبة للأرض المنزرعة، فإذا بيع شيء أدوات استقلالا لم يشبت فيه حق الشفعة، وإذا بيع مع العقار ثبت فيه حق الشفعة تبعاً للعقار، وألحق الحنفية العلم بالعقار في ذلك. وذهب بعض السلف إلى أن الشفعة تثبت في كل مال مشترك ولو كان منقولا.

ثانيهما - أن يخرج العقار من ملك صاحبه خروجا باتا، نظير عوض هو مال، فلا شفعة في عقار بيع بعقد موقوف إلا إذا نفذ، ولا شفعة في عقار بيع بيعا فاسدا إلا إذا امتنع رد المبيع إلى بائعه بسبب من الأسباب الموجبة لذلك، ولاشفعة في عقار اختص به شريك بسبب قسمة، أو ملك بهية، أو بوصية أو بوراثة، ولا شفعة في عقار جعل مهرا أو أجرة في إجارة أو بدل طلاق، وخالف في ذلك الشافعي ومالك فأثبتا الشفعة فيما قوبل بالمنقعة من العقار، غير أن الشافعي يلزم الشفيع بقيمة المنفعة، ومالكا يلزمه بقيمة العقار وهو أعدل.

وإذن لاتكون الشفعة إلا في عقار بيع نظير مال مثلى، فيدفع الشفيع لمشتريه مثله، أو نظير مال قيمى، فيدفع المشفيع لمشتريه قيمته. ولذا تثبت الشفعة في البدلين، إذا قويض عقار بعقار.

وفى حكم العقار المبيع،: عقار وهب بشرط عوض، غير أن الحق لايثبت فيه إلا بعد التقابض فى البدلين؛ لأن الملك لايتم إلا به، وكذلك تشبت فى عقار دفع صلحا؛ لأنه بيع نظير الحق المطلوب، أما العقار إذا طلب فصولح عليه لم تثبت فيه شفعة إلا إذا كان الصلح بعد الإقرار به.

ويشترط في المشفوع به شرطان:

أولهما - أن يكون عقارا، فلا تثبت بمنقول، وعلى ذلك لو استأجر شخص أرضا للبناء ثم باعها مالكها لم يكن لمالك البناء حق الشفعة فيها، وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فتشبت به الشفعة كما تثبت فيه. ويرى محمد أن حق العلو في معنى البناء المبتعلى، ولذا أثبتها لصاحبه عند انهدام العلو، خلافا لأبى حنفية وأبى يوسف.

ثانيهما ـ أن يكون مملوكا للشفيع وقت المعاوضة، وأن تستمر الملكية إلى وقت علكه بالشفعة، فإذا باع الشفيع عقاره قبل أن يتملك بالشفعة سقط حقه، لزوال ملكه، ولم يكن للمشترى منه حق الشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت المعاوضة، ولذا لايثبت لوارث الشفيع حق الشفعة؛ إذا ماتوفى مورثه قبل التملك، خلافا لمالك والشافعى فإنهما يورثانه حق الشفعة.

طلب الشفعة: لايتملك الشفيع المشفوع فيه إلا إذا طلب الآخذ بالشفعة، ولا يترتب على هذا الطلب أثره إلا إذا توافر أمران:

الأول - أن يعم جميع المبيع، حتى إن الشفيع إذا كان له شركاء فى الشفعة لم يكتف منه بأن يطلب حصت فيه، بل يلزمه أن يطلبه كله، فربا عدل غيره عن الشفعة، فيتجزأ المبيع على باثعه أو على مشتريه، وذلك ضرر. وعليه إذا طلب حصته فقط بطل حقه عند محمد، ما لم يسبق هذا الطلب طلبه للجميع، ولم يكن ذلك مسقطا لحقه عند أبى يوسف ولكن لايترتب عليه الإعطاء، ويجب لكى يأخذ

أن يطلب كل المبيع، وإذا تنازل الشفيع بعد ذلك عن حقه في الشفعة لأحد شركائه فيها كانت حصته بين جميع الشفعاء لايختص بها المتنازل له.

الثانى - أن يصدر الطلب على الوجه الآتى: فيجب أن يطلب فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشترى، سواء أعلم بذلك بعد حصوله مباشرة أم بعد سنين، ويتحقق العلم بأى طريق يفيد الظن عادة، ويجب أن يصدر الطلب فى المجلس بحيث لايفصل بينه وبين العلم بذلك مايعد إعراضا منه عن الشفعة، كشروعه فى عمل آخر، ولذا سمى هذا الطلب بطلب المواثبة أى المبادرة، ثم بعد ذلك يتبعه بطلب التقرير، ويلزم أن يكون عند المبيع، أو عند المسترى، أو عند البائع إذا كان المبيع لايزال فى يده، ويشترط فيه بعض الفقهاء الإشهاد عليه، وبه يتقرر حقه فى الشفعة، فلا يسقط إلا بالإسقاط الصريح. ويجب ألا يمضى بين مثل هذه الزمن دون أن يحصل فيه بطل حقه فى الشفعة، وقد ينوب طلب التقرير مناب طلب المواثبة، إذا حصل العلم فى مجلس فيه المشترى أو عند المبيع، فطلب مناب طلب المواثبة، إذا حصل العلم فى مجلس فيه المشترى أو عند المبيع، فطلب الشفيع الشفعة عند ذلك.

وإذا سلم المشترى البيع للشفيع بناء على هذا الطلب فقد تملك، وإذا أبى عليه احتاج الشفيع إلى طلب ثالث، وهو طلب الخصومة أمام القاضى، فيرفع الشفيع إليه الأمر، ويقضى له القاضى بعد الإثبات، وقد اختلف في وقت هذا الطلب، فقال أبو حنيفة: يرفعه في أي وقت شاء؛ لأن حقه متقرر، وروى عن أبى يوسف: أنه لا يجوز تأخيره عن أول مجلس يتمكن فيه من ذلك، وإلا سقط حقه. وقال محمد وزفر: لا يؤخر أكثر من شهر بعد طلب التقرير.

وإذا كان الشفيع قاصرا، قام وليه مقامه في المطالبة بالشفعة على الوجه المتقدم، فإذا لم يطلب وليه على هذا الوجه سقط حقه، حتى لايكون له حق الطلب بعد تمام أهليته، وروى عن محمد: أنه إذا كان البيع بمثل التيسمة أو بأقل منها، ولم يطلب الولى لم يسقط حقه، وكان له الطلب عند تحقق أهليته.

ولا يشترط في القضاء بالشفعة إحضار الشفيع الثمن، بل يقضى له، ويصير الثمن دينا في ذمته، وإذا أجل الفصل فيها لكي يحضر الثمن في موعد معين،

فلم يحضره فيه لم يسقط حقه فى الشفعة. وروى عن محمد: أن حقه يسقط فى هذه الحال. غير أن عدم إحضار الشمن يجعل لمن فى يده البيع حق حبسه عنده ختى يأخذ الثمن، ولاتنقض الشفعة.

وإذا كان بعض الشفعاء غائبا، ولم يعلم بالبيع لم يسقط حقه في الطلب، وإن طالت غيبته سنين عديدة، فإذا حضر فطلب، فإن كان قد طلبها من هو أعلى مرتبة لم يكن له حق إلا إذا تركها وتنازل عنها قبل القضاء بها. وإن كان قد قضى بها لمن هو أدنى منزلة منه كان له حق أخذ المبيع منه، لأنه أولى منه، وإن كان في مرتبته شاركه في المبيع، كأنه كان حاضرا معه وقت التملك بالشفعة.

الملك بالشفعة: يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إما بتسليمه عن رضا من المشترى، فيكون ملكه من وقت تسلمه، وإما بقضاء القاضى عند إباء المسترى، فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه.

ويعتبر الشفيع مستريا للعقار المشفوع فيه، ويعتبر المشترى بانعا له، إن كان قد تسلمه من بائعه، فإن لم يكن تسلمه اعتبر البائع للشفيع هو البائع، وكأن إيجابه الذى وجه إلى المشترى أولا قد وجه إلى الشفيع برحكم القضاء، ولذا يكون للشفيع باعتباره مشتريا ما للمشترى من خيارات، عدا خيار الشرط، فيرد بالعيب، ويرد عند الرؤية على من تسلم منه. فإن رده على المشترى نفذ شراؤه الأول ولزم، وإن رده على البائع كان للمشترى أن يتمسك بعقده السابق جبرا عن البائع وألا يتمسك به.

مايجب على الشفيع أداؤه: يتملك العقار بما قام على المشترى من ثمن ونفقات ضرورية للعقد، فيؤدى إليه مثل ذلك، إن كان مادفعه المشترى مثليا، وقيمته إن كان قيميا، كما في مقايضة عقار بعقار. فتثبت الشفعة في البدلين بقيمة كل منهما بالنسبة إلى الآخر.

وإذا تم العقد على ثمن معين فحط منه بعضه بواسطة الإبراء أو الهبة أو الرد ظهر ذلك في حق الشفيع، سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن إلى البائع أم بعده، وللشفيع إذا دفع الثمن بتمامه أن يرجع بالقدر الذي نقصه البائع من الثمن على المشترى، ولكن إذا تنازل البائع عن الثمن كله لم يظهر ذلك في حق الشفيع. ولذا

لايظهر بالنسبة إليه، ويأخذ المبيع بكل الثمن إن كان التنازل عنه بعد قبضه، وبقيمة المبيع إن كان قبل قبضه.

أما الزيادة في الشمن بعد العقد فلا تظهر في حق الشفيع لثبوت حقه في الأخذ بالثمن الأول دون زيادة.

تأجيل الثمن: وإذا كان الثمن مؤجلا على المشترى لم يتأجل على الشفيع؛ لأن التأجيل قد يكون لثقة البائع بالمشترى ووفرة ثرائه ومعرفته بالوفاء، ولايعرف ذلك فى الشفيع، وهذا مذهب أثمتنا الشلائة. وذهب زفر إلى أنه يتأجل؛ لأن للتأجيل دخلا في قيمة الثمن، إذ عند تساوى المبلغين يكون الحال منهما أكثر قيمة من المؤجل، والشفيع يأخذ بمثل ماتملك المشترى، وذهب أحمد إلى أنه يتأجل إن كان الشفيع موسرا، فإن كان معسرا لم يتأجل إلا إذا وثقه برهن أو كفيل. وعلى قول أثمتنا يكون الشفيع مخيرا بين أن يؤدى الثمن حالا ويأخذ المبيع، وعند ذلك لايحل الثمن على المشترى للبائع بل يبقى على أجله، وإما أن ينتظر فلا يطالب بتسليم المبيع إلا بعد حلول الأجل، وعند ذلك يدفع الثمن ويتسلم المبيع.

تصرف المشترى فى البيع: المشترى يملك المبيع بمجرد شرائه، فتكون له جميع حقوق المالك ملكا تاما، ينتفع ويتصرف كما يشاء، ولكن إذا تصرف فنقضى للشفيع بالشفعة كان ذلك نقضا لتصرف البائع وإبطالا له، ولو كان وقفا، إذا كان هذا التصرف يحول دون حق الشفيع.

ثماء المشفوع فيه: وكل نماء يظهر بعد العقد إذا كان منفسصلا متولدا أو غير متولد كأجرة العقار وإثمار الشجر فيتسلمه المشترى قبل تملك الشفيع يكون للمشترى خالصا؛ لأنه نماء ملكه، أما إذا بقى الثمر على الشجر حتى تملك الشفيع فإنه يتبع حينذ أصله، ويكون ملكا للشفيع.

الزيادة في المبيع: إذا زاد المشترى في المبيع بعد شرائه وقبل تملك الشفيع فإن كانت لاتقبل الانفصال، كإصلاح الأرض بشق مصارفها ومراويها وغسلها وطلاء جدر الدار وأخشابها فإن الشفيع يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ العقار بثمنه مضافا إلى الثمن مقدار ما أحدثته هذه الزيادة في قيمته من زيادة عما كانت عليه قبلها.

وإن كانت تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث بالعقار عند انفصالها، وكان لها نهاية معلومه كالزرع، فإن العقاريقى في يد المسترى إلى أن يحصد الزرع، ولايمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وعليه أجرا مثل الأرض عن هذه المدة، وقيل: يتأخر القضاء له بالشفعة إلى وقت الحصاد، ولا يستحق أجرا على هذا التأخير، وإن لم يكن للزيادة نهاية معلومة كالبناء، فإن لم يضر رفعه بالأرض كان للشفيع أن يكلف المشترى هدمه ورفع أنقاضه، كما يكون ذلك للمشترى نفسه، ولهما أن يتفقا على بيع البناء للشفيع بقيمته مستحق القلع، وإن كان رفعه يضر بالأرض لم يمكن المشترى من رفعه إذا أراد، ويتملكه الشفيع جبرا بقيمته مستحق القلع،

وذهب أبو يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أن المشترى محق فى زيادته، وعلى ذلك لا يعامل بأية حال معاملة المعتدى، وذلك يقتضى إلزام الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الزيادة بقيمتها قائمة، وهذا مذهب الشافعى ومالك.وهو مذهب أحمد إذا زيدت الزيادة بعد طلب الشفعة.

نقص العقار في يد المشترى: إذا كان النقص في التبع، وهو مايدخل في عقد البيع تبعا من غير نص عليه، كالبناء والشجر، وكان ذلك من غير تعد كان حدث زلزال مثلا فانهدم البناء، أو حدثت آفة أصابت الشجر وأتلفت الثمر، لم ينقص الثمن بسبب ذلك إذا أراد الشفيع الشفعة، ومايتخلف عن ذلك من تقص فهو للمشترى بحصته من الشمن فيقوم النقص عند حبسه عن الشفيع أي عند استيلاء المشترى عليه وينسب إلى قيمة المبيع كاملا عند العقد، وعلى أساس ذلك تقتطع حصة النقص من الثمن.

وإن كان بتعد فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وإن كان النقص في الأصل أو فيما نص عليه في العقد، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، سواء أكان ذلك النقص بغير اعتداء أم باعتداء، وطريقة معرفة حصة الباقى من الثمن: أن يقوم المبيع كاملا عند العقد، ثم يقوم ناقصا كذلك عند العقد، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى فتكون هذه النسبة هي نسبة حصة الباقى من الثمن جميعه.

مسقطات الشفعة: يسقط حق الشفعة بما يأتي:

- (۱) بالتنازل عنه بعد ثبوته، أما التنازل عنه قبل ثبوته فباطل، وعلى هذا لا يبطل بوعد الشفيع بألا يطلب بالشفعة. ومن التنازل عنه: المعاوضة على إسقاطه فيسقط ولا يستحق العوض؛ لأنه يعتبر حينئذ بمنزلة رشوة، وكذلك التنازل عنه لبعض الشفعاء فيسقط ويكون المشفوع فيه كله للباقى من الشفعاء.
- (۲) رضا الشفيع بمــشاركة المشترى أو بجواره، ومن ذلك : كــفالة المشترى في الثمن ومساومة الشفيع المشترى في تأجير العقار أو في بيعه.
 - (٣) تأخير أي طلب من طلبات الشفعة عن وقته.
- (٤) قيام الشفيع ببيع العقار بالوكالة عن مالكه، لا قيامه بشرائه بالوكالة عن مشتريه.
 - (٥) خروج العقار المشفوع به كله من ملك الشفيع قبل التملك.
 - (٦) مطالبة الشفيع ببعض العقار عند محمد.
 - (٧) موت الشفيع.

باب العقد

العقد في اللغة: له معان كثيرة يظهر فيها معنى الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط(١).

والمعنى الفقهى لهذه الكلمة لايبعد عن هذا المعنى اللغوى، لأنه ضرب منه، وصورة من صوره، فإذا قلت لصديق لك: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا، فأجابك بقوله: قبلت، فإنك قد التزمت بكلامك أن يصير الكتاب ملكا للصديق نظير أن تملك من أمواله خمسين قرشا، وقد التزم الصديق كذلك أن يكون لك من أمواله هذا المبلغ نظير أن يملك هو هذا الكتاب، وربط هذين الالتزامين أحدهما بالآخر - بإنشائهما في موضوع واحد، (وهو تبادلكما الكتاب والثمن) على وضع جعل فيه الثاني قبولا للأول وإقرارا له، حتى صار بذلك تملك أحدهما مرتبطا بتملك الآخر بحيث لايوجدان إلا معا، ولاينفك أحدهما عن الآخر- هو العقد أو مايسميه الفقهاء بالعقد (۲)، وأول هذين الكلامين هو مايسمونه إيجابا، لأنك توجب على نفسك أن تتخلى عن ملكية الكتاب لصاحبك ليكون ملكا له نظير أخذك هذا المبلغ، وثانبهما هو مايسمونه قبولا، لقبول صاحبك به ماعرضته عليه، ويسمون ارتباط أحد هذين الكلامين بالآخر، واتصاله به على الوجه الذي شرحناه انعقادا. وسنشرح لك فيما يأتي معاني هذه الأسماء.

معنى العقد عند الفقهاء: من البيان المتقدم، نستطيع أن نعرف المعقد عند

⁽۱) الربط المعنى الأصلى بكلمة العقد على مايظهر من بيان اللغويين، يقال: عقدت الحبل عقدا من باب ضرب، أى شدته وقويته، أو جمعت طرفيه فقويت الاتصال بينهما واحكمته بالمقد عليهما. وقد جملت دلالة هذه المادة على الربط الحسى أساسا لاستعمالها كذلك فى الربط المعنوى بين كلامين أو بين متعاهدين، نقبل : عقدت السبع، وعقدت العهد، كما استعملت فى كل مايعقده العاقد، فيلزم به نفسه ويربطها به من فعل يأتيه فى المستقبل، وكذا فى كل مايعقد على غيره أن يفعله على وجه الإلزام فيربطه به، ومن هذا سمى فعل يأتيه فى المستقبل، وكذا فى كل مايعقد على غيره أن يفعله على وجه الإلزام فيربطه به، ومن هذا سمى البمين على فعل أمر فى المستقبل عبقدا، لأن الحالف يلزم به نفسه، ويرتبط بأن يسفى بما حلف عليه، وسمى كذلك العبهد والأمان عقدا، إذ يرتبط بهما من أعطاهها، وكذلك كل مايشترطه الإنسان على نفسه فى المستقبل.

⁽۲) وقد أطلق عليه الكتاب الحكيم اسم «عقدة» قال تعالى في سورة البقرة : ﴿ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ أي لاتوجدوا أو لا تحققوا عقدة هي النكاح، فسمى عقد النكاح عقدة، لأنه يربط بين الزوجين. ويصح أن يكون أساس هذه التسمية ماجرت به عادة العرب حين التعاقد من أن أحد العاقدين كان يضم يده في يد العاقد الآخر متعاقدين.

الفقهاء بأنه الربط بين كلامين «أو مايقوم مقامهما» صادرين من شخصين، على وجمه يترتب عليه أثره الشرعى. وقد علمت أن ذلك الربط لايتم إلا باتحاد موضوعهما وجعل ثانيهما إقرارا لأولهما ورضا به، بحيث يفهم من منجموعهما وجود إرادتين متوافقتين على إنشاء التزام شرعى مطلوب لهذين الشخصين، ففى المثال المتقدم صدر منك ومن صديقك عبارتان «هما: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا، وقبلت» اتحد موضوعهما وهو التبادل بين الكتاب والثمن. وصدرت الثانية وهى قبلت إقرارا للأولى ـ وهى بعتك الكتاب بخمسين قرشا ـ ورضا بها على وجه يتبين منه وجود إرادة منك بتملك الثمن من صديقك، وتركك الكتاب له والتزامك بذلك عند رضاه، ووجود إرادة من صديقك بالتزامه الشمن لك وأخذ والكتاب منك، والتزامه لك بذلك مقابل التزامك، وأنكما بهذين الكلامين المعبرين عن الإرادتين أنشأتما التزاما شرعيا مطلوبا لكما، وهو تبادلكما الكتاب والثمن.

وستعلم مما يأتى أن العقد كما يتحقق بالربط بين كلامين لشخصين على الوجه المبين يتحقق كذلك بين كلام من أحد الطرفين وفعل من الآخر يدل على إرادته، سواء أكان كتابة أم إشارة أم تسلما، كما إذا قال أحدهما: كل هذا الطعام بقرش، فأكله في الحال، أو قال أحدهما: بعتك هذا الكتاب بعشرة قروش، فكتب: قبلت، وهكذا. وكذلك يتحقق العقد بالربط بين مايقوم مقام الكلامين في الإفهام والتعبير عن إرادتي الطرفين من فعلين يصدران منهما أو إشارتين مفهمتين، كما في البيع بتسليم المبيع وأخذ الشمن دون أن يصحب ذلك تكلم، وهو مايسميه الفتهاء ببيع التعاطى، وكما في البيع بواسطة الكتابة أو بواسطة الإشارة بين أخرسين، إذ يترتب على ذلك أثره الشرعى، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشترى، وانتقال ملكية المبيع إلى المشترى،

ومن هذا تتبين أن المناط فى وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتى العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعى بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وسيأتى لذلك زيادة بيان.

وكثيرا ما يطلق العقد ويستعمل فيما يتم به الارتباط بين العاقدين، من كلامين أو كتابتين أو إشارتين أوفعلين أو لفظ وفعل، فيسمى مجموع: بعت كذا بكذا، وقبلت ذلك: بعقد البيع، وهكذا، وقل أن نجد في عبارات الفقهاء عند شرحهم للعقود التفصيلية غير هذا، فيريدون بالعقد الكلامين المرتبطين، أو مايقوم مقامهما.

ذلك العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقاته لايعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين أو مايتم به هذا الالتزام، أما مايكون من طرف واحد، فلا يسمى عقدا على هذا المعنى، وإنما يسمى التزاما أو تصرفا، وذلك كالوقف لأنه يتم من المالك وحده، دون أن يشركه فيه شخص آخر. وكذلك الطلاق المجرد عن المال. ومثله العتق والتنازل عن الحقوق، كالتنازل عن حق المنفعة أو عن حق المرور أو المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كل ذلك لايسمى عقداً على المعنى المتقدم، وإنما يسمى تصرفا، أو التزاما، إذا كان ملزما. فإن لم يكن ملزما سمى وعدا أو عدة، كأن تقول لآخر: ساقرضك عشرين جنيها، أو سأسافر معك غدا.

وللعقد استعمال آخر أعم من هذا فإنك تجد بعض الفقهاء عندما يبينون الأحكام العامة للعقود، ويفصلون قواعدها الأساسية يستعملون كلمة العقد، ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعى خاص. وترى هذا في كتب المالكية والشافعية والحنابلة، أظهر منه في كتب الحنفية، وهو بهذا أقرب إلى معناه اللغوى. وهو به أعم منه بالمعنى الأول؛ لأنه في هذا الاستعمال ينظم جميع الالتزامات التي تنشأ بإرادتين كالبيع والإجارة، وما إلى ذلك، والتي تنشأ بإرادة واحدة، كالوقف والسطلاق والإعتاق والإبراء، وكذلك ينتظم جميع التبرعات عند من يرى أنها تتم من جانب واحد هو المتبرع، كالهبة والصدقة والوصية، وسيأتي بيان ذلك. وعلى هذا يكون للعقد عند الفقهاء معنيان: معنى خاص وهو الاكثر تداولا واستعمالا، وذلك مابيناه ابتداء، ومعنى عام وهو ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة التزام، ولايزال أخص من كلمة تصرف؛ لأن التصرف ينتظم الانتزام وغير الالتزام، كالاستهلاك والانتفاع وغيرهما.

ركن العقد (١): الإيجاب والقبول

مما قدمنا يتبين أن كل عقد «بالمعنى الخاص» يتكون من عبارتين مرتبطنين صادرتين من شخصين هما: العاقدان. وقد علمت أن أولاهما تسنمى إيجابا، وثانيتهما تسمى قبولا، ومجموعهما يسمى كذلك بالعقد كما بينا، وإذن فالإيجاب والقبول المرتبطان أحدهما بالآخر ركنا العقد «بالمعنى الخاص» ولايتكون إلا منهما، أو مما يقوم مقامهما كما ذكرنا من قبل (٢).

الإيجاب والقبول: الإيجاب ماصدر ابتداء من أحد العاقدين، والقبول ماصدر ثانيا من الآخر رضا به والتراما (٣)، إذا قال شخص لآخر: بعنك هذا القلم بكذا كان منه إيجابا، وإذا أجابه الآخر بقوله: قبلت كان ذلك قبولا. وإذا كان المبتدئ من يريد الشراء، فقال: اشتريت هذا القلم بكذا، كان إيجابا وإذا أجابه البائع بقوله: قبلت ذلك، أو ما في معناه كان قبولالكا.

⁽١) ركن الشيء: مايتوقف عليـه وجوده لانه جزء منه، فلا يكون وجود في الخــارج إلا بوجوده، كالورق والكتابة بالنسبة للكتاب، ومواد البناء بالنسبة للجلمار، أما العامل فليس بركن لهما.

⁽۲) ذلك هو اصطلاح الحنفية، وبرى بعض الشافعية والمالكية أن أركان العقد تتكون من العاقدين والإيجاب والقبول ومحل العقد، فأركان البيع مثلا: البائع والمشترى وعبارتاهما والمبيع والثمن، وذلك مبنى على أنهم يريدون بركن الشيء ما لابد منه لتصور الشيء في العقد، سواء أكان جزءا منه أو مختصا به وإن لم يكن جزءا منه، كالعاقدين والمعقود عليه، واصطلاح الحنفية أدق، إذ إنه يعين على تمييز الأشسياء بحقائقها وأجزائها، وذلك أيسر في تعرفها. واجع أسنى المقالب وحاشية الرملي عليه والشرح الكبير للدردير.

⁽٣) لايرى المالكية والحنايلة ذلك، بل الإيجاب عندهم ماصدر من المسملك وإن تأخر، والقبول ماصدر من المتملك وإن تقدم، راجم الحطاب ومنع الجليا والمغنى.

⁽٤) وهذا إنما يظهر بوضوح في المعارضات؛ لأن كلا من العاقدين فيها ملتزم ومستوجب بعبارته على نفسه أداء ماذكره من عوض، فأيهما ابتدأ كانت عبارته إيجابا، وكان الثاني قابلًا لما عرضه الأول. إما في التبرعات كاليبة والصدقة فلا يظهر، لأننا إذا أخذنا برأى من يرى أنها نتم من طرف واحد وهو المتبرع لم تنكون إلا من الإيجاب وحمده ولاينونف وجودها وإنشاؤهما حيننذ على القبمول، ثم هي لاتحتاج إليمه عندنذ إلا في ظهور أثرها إذا كان ذلك الأثر تملك المتبرع له، فتحتاج إلى قبوله حتى لايدخل في ملكه شيء جبرا عنه، وعلى هذا لابكون القبــول ركنا لها ولاتعد من العــقود التي نحن بصدد بيــان أركانها وإن أخذنا برأى من يرى أن البــبة والصدقة لاتتم كل منهما إلا بالقبول وجدنا أن الإيجاب لايوجد إلا من الواهب أو المتصدق لانه الموجب على نفسه خروج ماتبرغ به من ملكه ليكون ملكة لغيره، أما الموهوب له أو المتصدق عليه فلا يلتزم بشيء إذا ماابندأ الكلام، وليس له في الأمر إلا أن يقسِل تمنك ما أعطى، وذلك لايكون إلا بعد أحمقق الإعطاء، وهو مايكون بإيجاب المتبرع ابتداء، راجع حاشية أبي السبعود على ملا مسكين في كتباب الهبة. وبناء على ذلك إذا قلت لأخر: هبني هَذَا الكتاب، أو أستوهبك هذا الكتاب، فأجابك بقوله : وهبته لك، كان الإيجاب هو الكلام الثاني ، ولم يكن الأول إلا طلب اللهبة، ولزم لتمام العقد أن تقبل بعد ذلك أو أن يكون منك مايتسوم متام القبول. وقد جاء في فــتح القدير: أن عقد الهبة يتم بهذين الكلامين، بلا حاجــة إلى القبول من المــتوهب، وقد يكون هذا مبنيا على الرأى الأول. وقد يرى باحث أن الإيجاب يتصور كذلك من الموهوب له إذا ما ابتدأ الكلام. فقال لآخر: هبني هذا الـكتاب، ويعد هذا إيجابا. ويعد قول الآخر: وهبـتكه قبولا. ذلك لأن قول الموهوب له: هبني هذا الكتاب إلزام لنفسه بأنه يدخل الكتاب في ملكه عندما يقبل الأخر فيسهبه، وهذا كاف في تحقق الإيجاب، وقد يؤيد هذا مانقلناه آنفا عن فتح القدير.

انعقاد العقد: يراد بانعقاد العقد: وجوده في نظر الشارع واعتباره قائما، وإن لم يكن سليما من العيوب (١).

ويتحقق للعقد وجوده بتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول، وإنما يتحقق الارتباط بينهما عند توافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبرا عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد، وذلك بأمرين:

أحدهما: أن يكون كل منهما واضع الدلالة على وجود تلك الإرداة، فإن كانت دلالته على وجودها محل احتمال وشك لم يوجد الارتباط؛ لأن الارتباط في الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول، وذلك يعتمد التحقق من وجودهما.

ثانيهما: أن يصدر كل منهما من شخص عميز، حتى تكون إرادته معتبرة، فإن صدرا من مجنون أو نائم أو صبى لايعقل لم يتحقق الارتباط؛ لعدم وجود الإرادة المعتبرة إذ لا إرادة لهؤلاء ومن فى حكمهم، وسيأتى لذلك زيادة بيان عند كلامنا على العاقد.

(٢) أن يتحد موضوعهما، وذلك بتوافقهما عملى معنى واحد، فيصدر القبول موافقا للإيجاب، سواء أكانت موافقته للإيجاب حقيقية كما إذا قالت امرأة لشخص: تزوجتك على ألف جنيه، فقال: قبلت، أم كانت موافقة ضمنية، كما إذا أجابها في الصورة السابقة بقوله: قبلت زواجك بالفي جنيه، فإن قبول تزوجها بالألفين متضمن لقبوله تزوجها بالألف بطريق أولى، غير أنه لايلزم إلا بالألف؛ لأن التعاقد بينهما ماكان إلا عليه، ولايلزم بالألفين إلا إذا قبلتهما الزوجة في نفس المجلس، فإن الزوج لا يستطيع أن يدخل في ملكها شيئا جبرا عنها، ولكن نفس المجلس، فإن الزوج لا يستطيع أن يدخل في ملكها شيئا جبرا عنها، ولكن اذا أجابها بقوله: قبلت زواجك بخمسمائة، لم يكن ذلك موافقا للإيجاب، ولم يعد قبول، وإنما يعد إيجابا مبتدأ من قبله، ولايتم العقد به إلا إذا أعقبه قبول

⁽۱) وستعلم فيما يأتى أن ذلك رأى الحنفية وأن رأى الجمهور على خلافه إذ يرون أن العقد لايعتبر موجودا فى نظر الشارع، وإن ششت قلت: لاينعقد إلا إذا سلم من جسميع عيوبه التى نهى عنها الشارع كما سبأتى تفصيله.

موافق له من الزوجة، وهكذا الحال في كل قبول جاء مقيدا بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب (١).

(٣) أن يكون محلهما قابلا لحكم العقد شرعا، فإن كان غير قابل لحكمه شرعا بأن يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلا للغقد، فلا يتحقق الارتباط، ولهذا كان بيع ماليس بمال ـ كالميتة ـ بيعا باطلا لا وجود له، ولا يتحقق فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول، ومثل ذلك استئجار النائحة للنوح، وسيأتى تفصيل ذلك عند كلامنا على محل العقد.

(٤) اتصالهما، ويتحقق بتوافر أمرين:

أولهما .. علم كل عاقد بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين (٢)؛ لأن ذلك أساس اتصال إرادتيهما وتوافقهما، فيعلم القابل إيجاب الموجب. وذلك بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، إن كان بالكتابة، أو يراه إن كان بالإشارة أو بالفعل، وهكذا حتى يعد مايصدر منه قبولا، ويعلم الموجب قبول القابل على ذلك النحو، حتى يتم التزامه بتحقق ماعلقه عليه من القبول. فإذا صدر من شخص إيجاب بعقد، وكان موجها إلى آخر فلم يسمعه ولم يعلمه، وصادف أن صدرت منه عبارة تصح أن تكون قبولا لهذا الإيجاب لم ينعقد العقد، وكذلك الحكم إذا قبل القابل إيجاب الموجب بعد علمه به، ولكن الموجب لم يسمع ذلك القبول ولم يفهمه، كأن صدر

⁽۱) والمقهوم أن هذا التقييد يتتضى تكليفاً للموجب لم يكلف به نفسه ولم يلتزمه فى إيجابه، ومن ذلك : أن يكون القبول عن بعض ماتضمنه الإيجاب كأن يقول البائع: بعتك هذه القطعة من الأرض يمبلغ ألف جنيه. فيضول المشترى : قبلت نصفها بنصف الثمن أو بنلث النسمن، ففى مثل هذه الصورة لايعتبر القبول موافقاً للإيجاب. ومن ذلك : مما إذا قال البائع لشخصين معا: بعتكما هذه الأرض جميعها بمبلغ كذا. فيسقبل المعتبر الأخر، وهذا واضح فى المعاوضات، أما فى التبرع كالهية فى الأمر يحتاج إلى نظر، فإذا قال الواهب: ومبتك هاتين الشاتين. فقال الموهوب له: قبلت هذه فقط، أو قال الواهب: وهبتك مائة جنيه، فقال الموهوب له: قبلت خمسين فقط، فإن المهوم أن المعقد يتم فى المقبول بذلك، وأن الموافقة الضمنية متحققة، لأن من يهب ويتبرع بالمائة لايضره أن يتتصر التبرع على خمسين، وبهذا أخذ الشافعية. كما فى محققة، لأن من يهب ويتبرع بالمائة لايضره أن يتتصر التبرع على خمسين، وبهذا أخذ الشافعية. كما فى الوصية أيضا. فإذا أوصى لاثنين فقبل أحدهما أو لواحد فقبل بعض ما أوصى له به تملك القابل فى الأول وتملك ماقبله الموصى له فى الثانية، ورد البافى إلى المورثة ولايعد أن يكون ذلك رأيهم إيضا فى الهية.

⁽۲) وكذلك الحكم إذا كانا مفترقين بالنسبة إلى علم القابل بما صدر من الإيجاب، إذ لايتصور ابتناه قبول على إيجاب مجهول. أما بالنسبة إلى علم الموجب بما صدر من القبول فهذا محل نظر؛ لأن إطلاق عباراتهم يدل على أن العشد يتم بمجرد صدور القبول من المرسل إليه، وإن لم يعلم به الموجب. فإذا تأخير إبلاغه بالقبول زمنا فإلى أية مدة يكون الموجب في جهالة من أمره؟ ذلك ماقد يجر إلى النزاع بسن الطرفين لأن الموجب قد يتعاقد مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل إليه ومضى زمن طويل على إسجابه، فينازعان بسبب ذلك. فهلا اشترطوا إعلام الموجب بالقبول في مدة معينة إذا مضت دون إعلام بطل العقد؟

بلغة لايفهمها، فلم يعرف المراد منه، فـلا ينعقد العقد بذلك لما قدمنا. راجع فتح القدير من باب البيع (١).

ثانيهما _ مجلس العقد: أن يصدرا في مجلس واحد دون أن يفصل بينهما مايدل على إعراض من أحد العاقدين عـما صدر من إيجاب، فإذا صدر الإيجاب من البائع مثلا في مجلس، سواء أكان في حضرة المشترى أم كان في غيبته، ولم يرسل به إليه رسولا أو كتابا، ثم صدر القبول بعد ذلك في مجلس آخر لم يرتبط بالإيجاب ولم ينعقد العقد؛ ذلك لأنه لايرتبط به إلا إذا اتصل به. ولا اتصال مع تعدد المجلس؛ لأن الإيجاب ينتهى ويبطل بانتهاء مجلسه، فإذا حـصل قبول بعد ذلك حصل والإيجـاب معدوم؛ ولا اتصال بمعـدوم. أما انتهـاء الإيجاب وبطلانه بانتهاء المجلس؛ فذلك لأن الإيجاب كلمات تنتهى وتنعدم بمجرد التكلم بها، وإنما اعتبرت باقية ببقاء المجلس ، فإذا انتهى المجلس، زال هذا الاعتبار؛ ذلك لأن العرف قد اتخذ بقاء المجلس دليــلا على بقاء إرادة الموجب وتمــكه بها مابقي حتى يتهيأ للطرف الآخر فرصة تمكنه من النظر والتروى والموازنة بين البدلين وغير ذلك مما لايستغنى عنه إبرام العقود. فإذا انتبهي المجلس اعتبرت تلك الإرادة منقضية ، وذلك العرض الذى يعسرضه الموجب منتهيا حتى يسترد حريتمه التامة واختسياره الكامل في التعـاقد مع غيـره أو الاحتفـاظ بسلعته، وحـتى لايناله ضرر فيــما إذاً ارتفعت الأسعمار وتغيرت الظروف، إذ قد لايتيسم له في هذه الحال أن يعدل عن إيجابه، لأنه لايرضي بأن يعــد ناكثا (٢) وعلى ذلك إذا قــال إنسان لأخــر: بعتك

⁽۱) وفى نباية المحتاج للرملى: أنه يشترط فى كل من الإيجاب والتبول إذا كانا الفاظا أن يتكلم بيسما بحيث يسمعهما القريب من العاقدين عادة، وإن لم يسمع احدهما كلام الآخر. وفى حاشية الشبراملسى: إذا أرجب الموجب فلم يسمعه صاحبه وقبل اتفاقا، أو سمعه فقبل بلغة أخرى صع العقد، ولو قبل إنسان عبثا، فظهر أن ذلك كان بعد صدور بيع له صح العقد، كمن باع مال أبيه وهو يعلم أنه حى، فظهر أنه كان ميتا ا.ه. ولاشك أن هذا محل للنقد.

⁽۲) والذي يظير لى من مذهب الحنفية وقواعدهم: أن ذلك هو الحكم، فيما إذا قيد الموجب نفسه بوقت محدد، بأن أوجب وقال: إنى على إيجابى هذا مدة ثلاثة أيام أو نحوه. فعند ذلك لايلزمه هذا التوقيت، محدد، بأن أوجب بأنتياء المجلس وكأنه لم يوقت، لأنه متبرع بهذا التوقيت فلا يلزمه. ولأننا لو ألزمناه به لقيدناه في هذه الملة ومنعناه من التصرف لحق من توجه إليه بالإيجاب، وليس هذا عما يقيد به المالك، ويحال به بينه وبين آثار ملكه من حرية التصرف فيه. وهذا يخلاف ما إذا قيد الموجب نفسه بمدة تنتهى قبل انتهاء المجلس، فإن انتهاءها بعد عينذ إعراضا عن الإيجاب فيبطل، وذهب المالكية إلى أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس، كما يتقيد كذلك ما يجرى به العرف إذا جرى على تقييد الموجب بمدة معينة. واحم الحطاب. وع كل ص٢٢٥. وعلى هذا إذا قبال الموجب: أنا ملزم بإيجابى عشرة أيام مشلا التزم بذلك، وصح للطوف الشائي القبول في أثنائها مادام لم يصدر من الموجب قبل ذلك مايعد عدولا منه عن الإيجاب، والإ بطل، ومذهب مالك أصلح في المعاملات المالية.

كتابى هذا بكذا، أو أجرتك دارى هذه سنة بكذا، ثم ترك المجلس إلى غرفة أخرى قبل القبول ممن خاطبه أو ترك المجلس من يخاطبه قبل أن يقبل، بطل الإيجاب حتى لو عاد بعد ذلك إلى المجلس من تركه، ثم صدر القبول لم ينعقد البيع ولا الإجارة. وقد تغالى بعض الفقهاء فى ذلك فذهبوا إلى أن قيام أحد المتعاقدين من قعود: مغير للمجلس ومبطل للإيجاب. بل ذهبوا إلى أن العقود لاتنعقد بين ماشيين؛ لأن القبول سيكون بعد تحركهما من مجلس الإيجاب أى مكانه، ولكن ذهب آخرون إلى أن المجلس لا يعتبر متغيرا إلا بتركه على وجه يعتبر فى العرف تركا للإيجاب، فإذا قام أحد العاقدين من قعود بعد الإيجاب ولم يغادر مكان العقد لا يبطل بذلك. وإذا تعاقد اثنان وهما يمشيان انعقد العقد، ماداما لم يفترقا قبل أن يصدر القبول (١).

وكذلك يبطل الإيجاب إذا لم يتغير المجلس حقيقة ولكن فصل بينه وبين القبول ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن إنشاء العقد (٢)، كأن يرجع الموجب عن إيجابه أو يعرض عنه باشتخاله في عمل آخر، (كالاتجاه إلى شخص ثالث والحديث معه في موضوع آخر)، وكأن يصدر بمن وجه إليه الإيجاب مايدل على إعراضه عنه. مثل أن يقول: لا أقبل هذه الصفقة، أو يشتغل بعمل آخر، كالشروع في أكل، أو في صلاة، أو في حديث آخر ولو مع البائع. فإذا حصل شيء من ذلك بطل الإيجاب، ولم يبق له وجود، فإذا صدر بعد ذلك قبول لم يرتبط به؛ لأنه لا ارتباط بمعدوم (٢)، أما بطلان الإيجاب بعدول الموجب وإغراضه؛ فذلك لأنه لا ارتباط بمعدوم (١)، أما بطلان الإيجاب بعدول الموجب وإغراضه؛ فذلك لأنه إنما المتزم التزاما معلقا على قبول من توجه إليه بالإيجاب فكان قبل القبول غير

⁽١) راجع فتح القدير من كتاب البيع.

⁽٢) وكذلك يبطل الإيجاب بخروج صاحبه من أهليته، لإنشاء العقد قبل قبول الآخر. فإذا جن الوجب أو أغمى عليه قبل القبول أو مات بطل الإيجاب، ولم يتبصل به قبول العاقد الأخر إذا حدث بعد ذلك، وإلى هذا أيضا ذهب انشافعية. راجع نهاية المحتاج من كتاب البيع.

⁽٣) ذهب النّكية إلى أن الأيجساب يتقيد بالمجلس إذا لم يلتسزمه الموجب في وقت يحدده كما سبق بيانه، وعلى ذلك إذا حصل القبول عقب الإيجاب من غير فاصل تم العقد اتفاقا عندهم، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقض المجلس بطل الإيجاب اتفاقا، ولم يتصل به القبول إذا حدث بعد ذلك، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولكنه صدر في نفس المجلس بعد أن فصل بينهسما مايدل على الإعراض عما كانا بصدده من إنشاء العقدة لم يلتحق القبول بالإيجاب ولم يتم بذلك العقد لبطلان الإيجاب بالإعراض عنه. ذكر ذلك ابن عرفة وابن وشد وإن لم يفصل بينهما مايدل على هذا الإعراض التحق القبول بالإيجاب وتم العقد بهما، =

ملتزم بشىء وله تمام الاختسار فى أن يعود إلى حالته الأولى، ويجوز له أن يرجع لذلك، أما بطلانه بإعراض من وجه إليه، فلأنه إنما وجه إليه ليقبله أو يرفضه، فإذ قبله تم العقد، وإذا رفضه استرد الموجب برفضه حريته، وكان له أن يعيد النظر فى الأمر، فإذا صدر القبول حينئذ لم يصادف إيجابا قائما، ولا إرادة فى العقد باقية فلا ينشأ العقد من أجل ذلك.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن اشتراط اتحاد المجلس يغنى عن كل ذلك؛ لأن تغيير المجلس وتبدله قد يكون حقيقيا، بانتقال أحدهما إلى مكان آخر، وقد يكون حكميا بحصول مايدل على الإعراض من أحد الطرفين؛ لأن مجلس العقد ينتهى بالإعراض عن العقد ويبتدئ مجلس آخر ليس للعقد، وهذا كلام وجيه.

ذلك هو الحكم عند اجتماع العاقدين، أما إذا كانا مفترقين متباعدين، فاستعملا الرسالة أو الكتابة في إنشاء العقد (١) فأرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالإيجاب أو كتابا إليه به، فإن مكان الإرسال أو الكتابة لايعتبر مجلسا للعقد، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب.

فإذا أبلغ الرسول رسالته كانت عبارته إيجابا، وكان إيجابه بمنزلة إيجاب المرسل نفسه ووجب لذلك أن يتصل به قبول المرسل إليه على الوجه الذى بيناه، وإلا بطل هذا الإيجاب. وعلى هذا إذا بلغ السرسول الرسالة فقسام المرسل إليه من مجلسه، أو اشتغل بعسمل آخر، كأن يسأل الرسول عن صحة المرسل أو عن أخباره. بطل الإيجاب حتى إذا صدر من المرسل إليه القبول بعد ذلك لم ينشأ

[&]quot; إذ إن الفصل بينها بكلام أجنبى عما هما فيه من إنشاء العقد لايضير، مادام ذلك لايعد في العرف إعراضا. راجع الحطاب فج قص ٢٤٠٥ ومابعدها. وذهب الحنابلة إلى أن القبول يتصل بالإيجاب وإن تراخى عنه، إذا صدر في مجلس واحد ولم يفصل بينهما فاصل يعد قاطعا لما كانا فيه من إنشاء العقد، راجع الشرح الكبير. وفي الفروع: روى عن أحمد: أن تفرق المساومين لايبطل الإيجاب. ولعل ذلك مشروط بألا تطول الملة بين الإيجاب والقبول كما ذهب إليه بعض المالكية. أما الشافعية فهم أشد من الحنفية في إيجابهم أن يصدر المبول فيور الإيجاب. راجع النهاية، ولاشك أن خبير الآراء رأى المالكية؛ لأنه يعتسمد العرف ويسرالعاملات ويحفظ الحقوق.

 ⁽١) إذا استعملا التليفون في التعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد مادامت محادثتهما في شأنه، فإذا انتقلامته إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد وبطل بذلك الإيجاب.

العقد (1). أما ترك الرسول المجلس أو إعراضه أو انتقاله بالحديث إلى موضع آخر فالظاهر أنه لايترتب عليه بطلان الإيجاب؛ لأن ذلك ليس إليه، ولم يجعل له المرسل هذا الحق. وإذا وصل الكتاب إلى المرسل إليه، فقرأه كانت قراءته أو قراءة غيره له إذا قرأه عليه آخر إيجابا، وقد يعلم مايحويه بمجرد النظر فيه، فتعتبر حينئذ كتابة المرسل إيجابا، فإذا اتصل قبوله بذلك نشأ العقد وتم. أما إذا فصل بين علمه بما فيه وبين قبوله مايدل على إعراضه عن هذا الإيجاب، ثم قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد، وذلك بناء على ما يظهر من عبارة الهداية. ولكن جاء في كتاب النكاح من فتح القدير أن الإيجاب إذا كان بالكتابة فقرئ الكتاب في مسجلس فلم يتصل به قبول فيه جاز إتمام العقد بقراءته مرة أخرى في مجلس آخر يتصل به القبول فيه، وعلل ذلك بأن الغائب إنما صار مخاطبا للمخطوبة بالكتاب، والكتاب باق في وعلى ذلك بأن الغائب إنما عقد البيع وغيره من عقود المال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح، إذ يتساهل في عقد البيع ونحوه بما لايتساهل به في عقد النكاح، عقد النكاح، وعلى ذلك يجوز لمن أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله في أول مجلس أن يقرأه في مسجلس آخر ثم يقبل، ويكون مجلس العقد مسجلس كل

⁽١) لنقد تبينا مما سبق أن العقد لاينشأ إلا إذا علم الموجب بالقبول. وأن القابل إذا قبل بلغة لا يفهمها الموجب لم ينشأ العقد بذلك؛ لأن الإيجاب ليس التزاما معلمةا على صدور القبول والعلم به حين صدوره. وبقاؤه على هذه الصورة ليس دائما بل إلى أمد فينتهي إما يقبوله وإما بالإعراف عنه. ولكن هل يكفي مجرد الإعراض في رد الإيجاب وإنهائه وإن لم يتصل علم الموجب به ؟ ذلك هو محل النظر، وأهمسية هذا البحث إنما تظهر عندما يكون الإيجاب بواسطة رسول أو كتاب. فإذا ما أعـرف المرسل إليه عن هذا الإيجاب أيكون إعراضه مبطلا 🕒 رإن لم يعلمه المرسل حتى إذا قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد. أم لايكون مبطلا إلا إذا علم به المرسل، فإذا قبل بعد الإعبراف وقبل علم المرسل به نشأ السعقد؟ متستضى عبسارة النيداية في ظاهرها: أنه لايشسترط في بطلان الإيجاب بالإعبراض علم المرسل. فقد جاء فيهما ما نصه.: والكشاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتسبر مجلس بلموغ الكتابة وأداء الرسالة. ١. هـ ومسعني ذلك أن مجلس بلوغ السكتابة، وأداء الرسالة اعستبسر مجلس العقد، ومقتضاه: أنه إذا انتهى من غير قبول بطل الإيجاب. لأن كتاب الموجب كخطابه، وخطابه ينتهى بانتها، مجلسه، ولاشك أن مجلس بلوغ الكتبابة أو أداء الرسالة ينتهس وإن لم يعلم بذلك المرسل، وبانتهائه ينتهى الإيجاب دون توقف على علم المرسل. غيــر أن القول بهذا لاتظهر له حكمه ولايكون معــقول الحكم. لأننا ما أبطلنا الإيجاب عند الإعراض عنه إلا ليسترد الموجب حريته في التعاقد مع غيره من ســـاومه، أو في الاحتفاظ بملكه، وذلك لايتم إلا إذا علم بالإعراض. أما إذا لم يعلم بالإعراض فما الضرر من اعتبار إيجابه قائما إلى أن يعلم، حتى إذا صدر القبول قبل العلم نشأ العنقد؟ والقول بهذا لايتنافي مع ماجاء في الهداية إذ من الممكن أن نعتبر مجلس بلوغ الكتابة أو أداه الرسالة مجلسا للعقد ينتهى بالإعراض دون قبول، ولايبطل بانتهائه الإيجاب، نبصح أن يتجدد في مجلس آخر، ويؤيد ذلك: مانقل في الكتاب من أنه يعتبر إيجابا قائما مادام في يد المرسل إليه. فينبله في أي وقت كما سيجيء . وهذا ما أميل إليه ومايتفق مع النظر.

قراءة، ويؤيد ذلك ماجاء في رد المحتار: أن الإيجاب بالبيع إذا كان في كستاب مرسل إلى المشترى يتجدد بقراءة الكتاب مرة أخرى في مجلس آخر، فيصح حيننذ القبول في هذا المجلس، وإن لم يقبل في المجلس السابق، وهذا يخالف ظاهر ماجاء في الهداية.

وقد يقال مع هذا: إن التلفظ ليس شرطا في عقود المعاوضات المالية، بخلاف عقد النكاح، فلا ينعقد إلا باللفظ، وإذن فلا داعى لقراءة الكتاب مرة أخرى، بل يعتبر وجوده وقيامه إيجابا بالكتابة، فإذا علم مضمونه كان للمرسل إليه أن يقبل في أي وقت، وينشأ بذلك العقد لقيام الإيجاب بقيام الكتاب (١)، وعندئذ لايمكن إلا أن يعتبر مجلس العقد في هذه الحالة هو مجلس القبول، ويصح قبوله في كل وقت مالم يرفض.

وبناء على ماتقدم: إذا صدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد على الوجه الذى بيناه تم الارتباط ونشأ العقد وانعقد وترتبت عليه آثاره بالنسبة لعاقديه من وقت صدور القبول ـ وإن تأخر علم الموجب به ـ كما فى التعاقد بواسطة الكتابة، وعلى ذلك فالعقد يتم بالقبول فى وقت صدوره؛ لأن ذلك هو وقت الارتباط.

غير أن اشتراط اتحاد المجلس لتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول لايشمل بعض العقود كالوصية والوكالة، فالقبول في الوصية يجب أن يكون في مجلس آخر غير منجلس الإيجاب؛ ذلك لأن الإيجاب يكون من الموصى حال حياته، والقبول لايكون له اعتبار إلا إذا صدر من الموصى له بعد وفاة الموصى، حتى إذا

⁽۱) بقى النظر فيما إذا أعاد الرسول رسالته بعد حصول مايعد إعراضا عنها من المرسل إليه عند تبليغه الأول، أتعتبر هذه الإعادة إيـجابا آخر، فإذا اتصل بها قبول نشأ بهـما العقد أم لا تعتبر؟ لأن مهمة الرسول قد انتهت بالنبلغ الأول. وليس من مهمته أن يكرر هذا التبلغ، وقعد يعترض هذا الرأى ماجاه فى الهداية والبحر من أن الموجب إذا أوجب فى غيبة العاقد الآخر، شم قال: يافلان بلغ هذا إلى فلان، ف أبلغه إليه شخص آخر غير المنادى من تنقاه نفسه قبل قبام الرسول المأمور بذلك التبلغ، وقبل العاقد الآخر بناء على هذا الإبلاغ تم العقد، إذ متنفاه أنه لايشترط فى إنشاه العقد أن يكون تبلغ الإيجاب إلى القابل من شخص مكلف به، حتى يكون ذا شأن فيه، وأنه يكفى مجرد التبلغ من أى شخص متى كان ذلك مرغوبا فيه من الموجب، وعلى هذا: إذا أعاد الرسول رسالته فلى التبلغ ايجابا مبتداً كما في اعتبارنا الكتاب إيجابا قائما بقيامه، وبناء على ذلك إذا أعاد الرسول رسالته فى مجلس آخر فقبل المرسل إليه تم العبقد بذلك، مادام المرسل لم يبلغه إعراض المرسل إليه فى المرة الأولى. ذلك مايظهر لى. والله هو الموفق للصواب.

صدر منه حال حياة الموصى لم يعتبر، ووجب لتمام عقد الوصية إعادته بعد الوفاة. والحبول فى الوكالة يصح أن يكون بعد مجلس الإيجاب، ولذا يجوز توكيل الغائب. فإذا علم بالوكالة وقبل تم العقد وأصبح بذلك وكيلا (١).

ويرد العقد على الأموال المتقومة منقنولة كانت أو عقدارا. بقصد تمليكها لشخص غير مالكها تارة، فيسمى العقد حينئذ عقد تمليك، وقد يكون ذلك نظير عوض، كما في عقد البيع والقرض، وقد يكون بالمجان، كما في عقد الهبة والصدقة والوصية بالعين، وبقصد إمساكها لحفظها أو للاستيناق بها تاره أخرى، كما في الوديعة والرهن، وكذلك يرد على المنافع بقصد تمليكها ببدل، كما في الإجارة، أو بغير بدل، كما في العارية والوصية بالمنافع، وعلى الجملة: فلا يوجد عقد من هذه العقود إلا في محل قابل له من عين أو منفعة بين عاقدين ينشئانه بعبارتيهما، وهي مايسميه الفقهاء بصيغة العقد.

أثر العبارة الواحدة فى العقود

قد تكون العبارة الواحدة لشخص ذى صفتين، فتصدر منه على هذا الاعتبار، وحينئذ تكون فى الواقع بمنزلة عبارتين صادرتين من شخصين، مثال ذلك: أن يوكل شخص آخر أن يزوجه بفلانة وأن توكله فلانة هذه أيضا فى أن يزوجها بهذا الشخص الموكل، فإذا قال الوكيل باعتباره وكيلا عنهما: زوجت فلانة بفلان، انعقد الزواج وتم بهذه العبارة الواحدة؛ لأنها فى الواقع تقوم مقام عبارتين، إحداهما صادرة من الرجل أو من الوكيل عنه، وهى: تزوجت بغلانة، والأخرى صادرة من المرأة أو من الوكيل عنها، وهى: قبلت ذلك، إذ لا معنى

⁽۱) وإنما استثنى هذان العقدان لان التمليك في الوصية لا يكون إلا بعد الوفاة، فإيجابها في الواقع مضاف الى ذلك الوقت وبه يتم التسمليك من جهية الموصى، غير أنه لما يسترتب عليه من دخول الموصى به في منك الموصى له _ وذلك لاينبغي أن يكون إلا بقبوله _ احتجنا إلى قبوله في ذلك الوقت، لانه وقت ظهور الاثر. وفي الوكالة يرى أن فيها معنى الإطلاق وهو لايحتاج إلى قبول من المأذون، ولكن لما كانت تستتبع تعبدات يلتزم بها الوكيل وجب قبوله حتى لايلزم بغير التزام، ولم يجب لذلك أن يكون متصلا بالإيجاب. ومن عا يتبين أن طبعة هذين العقدين لانقتضى أن يتصل القبول بالإيجاب لخلوهما من تبادل الالتزام. ويلحق الحنابة بهذيب العقدين سائر العقدود الجائزة _ غير اللارمة _ كالمضاوبة والمزارعة والمساقاة. كشاف التناع الحـ٢٠

لتكرار العبارتين مع دلالة عبارة الوكيل على معناهما جميعا. وسنتكلم على هذا عند كلامنا على ولاية العقد.

وقد تكون العبارة الواحدة لشخص واحد ليس له إلا صفة واحدة، وهى: أنه يعبر عن نفسه ويعمل لها. وعندئذ لايمكن أن يتكون منها عقد ابمعناه الخاص، أو ينشأ لمايينا من أن هذا المعقد لايكون إلا بين طرفين عند توافق إرادتيهما عليه والإفصاح عنهما بعبارتيهما، ولكن هل ينشأ عنها في هذه الحال التزام أو عقد بالمعنى الأعم؟ لبيان ذلك نقول: إن عبارة الشخص الواحد قد تصدر من صاحبها دالة على التزام من جهته في مقابل التزام من آخر، كما في الإيجاب بالبيع والإجارة والزواج ونحوها، أو على التزام غير مقابل بالتزام شخص آخر، ولكنه مع هذا متوقف على رضاه، كما في الهبة والوصية، وقد تصدر بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من آخر، ولامتوقف على رضاه كما في الوقف والإبراء.

فقى الحال الأولى: لاينشأ عنها بمفردها عقد ولا الترام بمن أصدرها. بل يكون صاحبها فى حل من المضى فيها أو العدول عنها، مادامت منفردة لم يتصل بها قبول من الطرف الآخر فإذا اتصل بها تم العقد، وكان له أثره على ماسيأتى، ولم يكن للموجب حينئذ أن يرجع عن إيجابه. ذلك هو مذهب الجمهور.

وبناء عليه، لو قلت لصديق لك: بعتك هذا الكتاب بعشرين قسرشا، كان لك أن تعدل عن إيجابك هذا قسل قبوله بما يفيد ذلك من قول أو فعل. إذ أنت غير ملزم بالمضى في إيجابك. ذلك ماذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

وذهب الجمهور من أصحاب مالك إلى أن الموجب إذا ماصدر منه إيجابه أصبح ملزما به، فلا يجوز له العدول عنه. وإنما يبطل بإعراض من وجه إليه، إما بصدور مايدل على إعراضه عنه في المجلس وإما بانتهاء المجلس دون قبوله إذا لم يتقيد الموجب في إيجابه بوقت معين.

وبناء على ذلك إذا قال البائع لآخر: بعتك هذه الدار بألف جنيه، فقد أنشأ بذلك التزاما من قبله، وهو التزامه ببيعها لهذا المشترى بذلك الثمن. ويستمر هذا الالتزام مادام المجلس أو ما قضى العرف بدوام هذا الالتزام، فلليقبل منه عدول

عنه، حتى إذا عدل عنه فعلا فقبل المشترى، تم العقد على الرغم من عدوله، وإنما يبطل هذا الإيجاب ولايتصل به الـقبول إذا أعرض عنه المشترى كـما تقدم. راجع منح الجليل والحطاب من كتاب البيع (١).

وجه قول الائمة الثلاثة: أن الموجب لايزيد بإيجابه في الواقع ونفس الأمر التزاما منجزا غير معلق على شرط حتى يلزم به، فإنه إذا قال لمن يساومه: بعنك هذه الدار بألف جنيه لايريد بذلك أن البيع قد تم، ولا أنه قد التزم ذلك له بلا قيد ولاشرط، وإنما يريد أن التزامه ببيع هذه الدار بذلك الشمن لمن توجه إليه بالإيجاب متوقف ومعلق على رضاه في المجلس وقبوله هذه المبادلة، فقبل تحتق هذا الشرط لم يوجد التزام، وهو لايتحقق إلا بالقبول، فكان للموجب أن يعدل عن إيجابه قبله، ولا يلزمه المضى فيه، ووجه قول المالكية: أن الموجب قد أثبت لمن وجه إليه الإيجاب حق القبول والتملك بمقتضى إيجابه، فإنه إذا قال له: بعتك هذه الدار بألف ملك بمقتضى هذا الإيجاب أن يتملك الدار بألف إذا أراد، وأن يعدل عن ذلك إذا ما رأى العدول خيرا له. فإذا قبل وتملك استعمل حقه الذي يعدل عن ذلك إذا ما رأى العدول خيرا له. فإذا قبل وتملك استعمل حقه الذي ملكه، وإذا أعرض فقد ترك حقه وتنازل عنه، فاسترد الموجب بذلك حربته في ملكه، وإذا كان الأمر كذلك لم يملك الموجب أن يرجع عن إيجابه كيلا يسقط حقا ثبت لغيره.

وقد رد الجمهور على ذلك بأن الإيجاب إذا كان يترتب عليه حق للمساوم، فهو حق مؤقت لابقاء له إلا برضا الموجب؛ لأنه في معنى الإذن له بأن يتملك بهذا الثمن، وبناء الإذن رهن بإرادة مصدره، وله أن يرجع عنه إذا أراد دون أن يلزم بالمضى فيه، وخاصة إذا مالوحظ أن هذا الحق يعارضه حق أقوى منه، هو حق المالك في أن يتمسك بملكه ويمنعه عن غيره، وإذا تعارض حقان قدم أقواهما، وبذلك يظهر أن مذهب الأثمة الثلاثة أقوى دليلا وأكثر التناما مع ما للمالك من حقوق.

وفى الحال الثانية: وهى ما إذا صدرت العبارة بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من شخص آخر ولا متوقف على رضاه ـ تنشئ التزاما، ويتناوله العقد بالمعنى الأعم.

⁽۱) يقارب هذا الرأى ماذهب إليه علماً، الألمان من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزامـات من غير توقف على وجود إرادة أخرى تنفق معها.

والالتزامات التى تتم بعبارة واحدة كثيرة منها: الوقف والإبراء واليمين والكفالة عند أبى يوسف ومالك، والهبة والصدقة عند بعض الحنفية، والإسقاطات كالطلاق والعتق. والوصية لجهات البر. وللإيضاح نورد لك بعض الأمثلة تاركين الشرح والتفصيل لمواضع بيان أحكام تلك الالتزامات (١):

الوقف: مثاله أن يقول مالك: وقفت أرضى هذه على الفقراء، أو جعلتها وقفا على وقفا على مصالح مسجد كذا أو مدرسة كذا ثم على الفقراء، أو جعلتها وقفا على أولادى وذريتى إلى انقراضهم ثم من بعدهم على الفقراء، فإذا ماصدرت هذه العبارة منه تم الوقف ونشأ عنها الالتزام به، وترتب عليه حكمه الشرعى، غير أنه قد يكون الوقف على معين، كأن يقول: وقفت هذه الدار على فلان هذا يعطى غلتها كل شهر شم من بعده إلى الفقراء، وفي مثل هذه الحال يتم الوقف أيضا بصدور هذه العبارة دون توقف على قبول زيد، ولكن زيدا يكون له الحق في أن يرده فلا يستحق الغلة برده، وتكون حينئذ للفقراء ابتداء.

الإبراء: مثاله: أن يقول دائن لمدينه: أبرأتك مما لى فى ذمتك من الدين، وبصدور هذه العبارة أو مافى معناها من الدائن يبرأ المدين إذا لم يرد هذه الإبراء ذلك لأن الإبراء متردد بين أن يكون إستقاطا لحق الدين، وأن يكون تمليكا للدين، فلم يتوقف على القبول من المدين؛ نظرا لناحيته الأولى، وجاز أن يرتد ويبطل برد المدين؛ نظرا لناحيته الثانية، حتى يجد المدين بذلك خلاصا من تحمل منة لا يرضاها، ومن العلماء من ذهب إلى اعتباره تمليكا، وأوجب لتمامه القبول، وعلى هذا يكون من العقود بمعناها الأخص.

اليمين: مثاله، أن يقول شخص: والله لأتصدقن بكذا من النقود. فإن ذلك يلزمه بمجرد صدور هذه العبارة منه.

الكفالة: مثالها : أن يضمن شخص لآخر ماله من دين قبل فلان بقوله: أنا كفيل لك بهذا الدين، فإنه يصير بصدور هذه العبارة مطالبا بأداء هذا الدين دون

⁽۱) قال الحموى على الأشباه: عقد التمليك بغير بدل يتم بعبارة المملك وحده لأنه يلاقى ملكه لاغير، وهو أمر يقوم به وحده فيتحقق اسم العقد بدون القبول. وإنما يسحتاج إلى القبول فيه لثبوت حكمه وهو الملك كيلا يلزم العاقد الآخر حكم تصرف غيره بدون رضاه، فيتضرر به من حيث يتحمل المنة بغير اختيار، أو يعتق عليه قريبه ويلزمه ولاؤه إذا وهبه له، أو يفسد عليه نكاح زوجته إذا وهبها له . ١ هـ ص٢٧٢.

أن يتوقف ذلك على رضا من المدين أو من الدائن عند أبى يوسف ومالك. ويرى أبو حنيفة ومحمد أن ذلك لايتم إلا بقبول الدائن.

الهبة: كأن يقول شخص لآخر: وهبتك هذا الكتاب. فيإن الهبة تتم عند بعض العلماء بصدور هذه العبارة، وإن كان الموهوب لـ الايتملك الكتاب إلا بالقبض. وذهب الجمهور إلى أنها عقد يتوقف تمامه على قبول الموهوب له.

الطلاق: كأن يقول زوج لـزوجته: أنت طالق. فإن الطلاق يقع بمجـرد صدور هذه العـبارة، دون توقف على قبـول الزوجة. وهذا بخـلاف الطلاق نظير المال، كأن يقول لها: أنـت طالق على عشرين جنيها. فإن هذا عـقد يتوقف تمامه على قبول الزوجة في مجلس الإيجاب.

العتق: كأن يقول شخص لعبده: أنت حر، فإنه يعتق بمجرد صدور هذه العبارة.

الوصية لجهة بر: كأن يوصى إنسان بأن يتصدق من ماله بعشرين جنيها أو بأن ينفق فى عمارة مسجد بلده كذا من المال، فإن هذه الوصية تتم بمجرد وفاته، دون توقف على قبول أحد، إذا ماخرجت من ثلث ماترك.

خلاصة الباب

العقد يطلق عند الفقهاء ثلاث إطلاقات:

الأول _ يراد به الربط بين كلامين أو مايقوم مقامهما، صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه آثار العقد الشرعية، وذلك بأن يصدراً في موضوع واحد، دالين على إرادتي العاقدين في إنشاء عقد مطلوب لهما. وأن يكون الكلام الثاني إقرارا للأول. والذي يقوم مقام الكلام: الكتابة والإشارة والفعل كما سيأتي بيانه.

الثانى _ يراد بالعقد مابه يتم الارتباط بين إرادتى العاقدين من عبارة أو كتابة أو إشارة أو نعل، وأكثر الفقهاء لايريدون به إلا هذا.

الثالث ـ يراد به الالتزام. سواء أكان صادرا من شخصين كما في معنى العقد السابق أم صادرا من شخص واحد، كالوقف ومايشبهه. وهو بهذا المعنى مرادف للالتزام، وأخص من التصرف؛ لأن من التصرفات مايكون أفعالا وليست التزاما.

ركن العقد: ركنه بالمعنى الأول والثناني، الإيجاب والقبول. وركنه بالمعنى الثالث الإيجاب فقط. والإيجاب ماصدر أولا من أحد العاقدين، والقبول ماصدر ثانيا، سواء أكان المبتدئ هو البائع أم المشترى في عقد البيع مثلا.

الانعقاد: يراد بانعقاد العقد: الارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبول. وقد يراد به أيضا وجود العقد في نظر الشارع، وإن لم يسلم من العيوب. ولايتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول إلا بتوافر الشروط الآتية: .

- (۱) أن يكون كل منهما معبرا عن إرادة معتبرة فى إنشاء العقد. ويتم ذلك بأن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة، وأن يصدرا من شخص عميز حتى تكون له إرادة، فلا ينعقد إذا كان الموجب أو القابل مجنونا، أو كانت العبارة لاتدل على وجود إرادة للعاقد بل محتملة الدلالة.
- (۲) أن يكون ثانيهما موافقا لأولهما، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كأن يكون القبول على وفق الإيجاب تماما دون زيادة أو نقص، أو ضمنية كأن يكون تبسول قد تضمن زيادة في مصلحة الموجب، كأن يزوج شخص ابنته على مائة جنيه فيقبل الزواج بمائتين.

(٣) أن يكون موضوع العقد قابلا لآثاره شرعـا. فإذا لم يكن قابلا لها كبيع الميتة والاستنجار على قتل محرم لم ينعقد.

(٤) أن يصدر القبول متصلا بالإيجاب، ويتم ذلك بتوافر أمرين:

الأول - أن يعلم كل من العاقدين عند اجتماعهما ماذا يريده الآخر بكلامه. أما إذا لم يعلم أحدهما ماذا يريد الآخر بما تكلم لم ينعقد العقد.

الثانى - أن يصدر القبول والموجب الايزال على إيجابه وذلك بألا يفصل بيئهما ما يدل على إعراض الموجب عن إيجابه أو على إعراض القابل عنه، فإذا صدر من الموجب أو القابل قول أو إشارة أو كتابة أو فعل يدل عرفا على عدول الموجب أو على رفض القابل بطل الإيجاب، ولم يصح قبوله بعد ذلك، وعلى هذا إذا انتقل الموجب بعد إيجابه، أو القابل قبل قبوله: من موضوع العقد إلى موضوع آخر، أو قام أحدهما من مجلسه تاركا له بطل الإيجاب، حتى إذا قبل العاقد بعد ذلك لم ينعقد العقد.

وهذا إذا كان العاقدان مجتمعين في مكان واحد. أما إذا كان كل منهما في بلد فتعاقدا بالكتابة أو بالرسالة فإن مجلس العقد هو مجلس وصول الكتاب إلى المرسل إليه والعلم بما فيه، فإذا قبل عقب ذلك تم العقد إذا لم يتوسط بين العلم بما في الكتاب والقبول مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه وذلك بواسطة كتباب آخر يحضر أو ما يدل على أن المرسل إليه قد أعرض عن هذا الإيجاب ورفضه، وكذلك يعتبر مجلس العقد هو مجلس وصول الرسول وإبلاغه، فإذا قبل عقب الإبلاغ تم العقد إذا لم يقصل بينهما مايدل على عدول الموجب أو رفض المرسل إليه.

والظاهر أنه يجوز للرسول أن يجدد الإيجاب بعد رفض المرسل إليه. مادام الموجب على إيجابه، وإذا جدده صح أن يقبل ويتم العقد بذلك، كما تعتبر الرسالة المحتوية على الإيجاب قائمة فيصح بعد رفضها من المرسل إليه قبولها مادام رفضها لم يعلم به كاتبها ومادام كاتبها على إيجابه.

العبارة الواحدة وأثرها: قد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين إذا صدرت من شخص له صفتان، كوكيل عن رجل وامرأة في تزويجهما. فإنه

يزوجهما بعبارة واحدة كما سيأتى؛ وذلك لأنها فى مقام عبارتين، فهى من جهة إيجاب، ومن جهة أخرى قبول، أما إذا صدرت من شخص له صفة واحدة فإن كانت دالة على التزام مستقل غير متوقف على الستزام من آخر ولا على رضاه تم بها العقد بمعناه الأعم. وهو مطلق الالتزام كما فى الوقف والإبراء والطلاق المجرد واليسمين، وإن دلت على السزام متوقف على التزام آخر كالإيجاب فى عقود المعاوضات، لم يترتب عليها التزام. ولذا كان للموجب أن يعدل عن إيجابه، لأنه إذا كان قد السزم فإن التزامه معلق على قبول الآخر، ومادام الآخر لم يقبل فلا وجود للالتزام، ولم يكن معنا إلا عرض يجوز لباذله أن يعدل عنه.

ويذهب بعض المالكية إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه، ولايجوز له أن يعدل عنه، ولايبطل الإيجاب إلا بانتهاء وقته المحدد في العبارة، أو بمفتضى العرف، أو بإعراض من وجه إليه؛ لأن للقابل لمقتضى الإيجاب حق التملك، فلا يكون للموجب إبطال هذا الحق. وقد رد الحنفية على ذلك بأنه ليس للقابل حق مقرر ثابت، ولكنه إذن بالتملك، وذلك الإذن رهن بإرادة الآذن، فإذا عدل عنه بطل. فلم يكن للقابل أن يتبل.

باب صيغة العقد

صيغة العقد فيما يقوم به العقد ويوجد في الخارج، من إيجاب وقبول وضعا على صيغة العقد فيما يقوم به العقد ويوجد في الخارج، من إيجاب وقبول وضعا على مثال خاص؛ لأنهما على هذا الوضع الصورة الخارجية للعقد، فصيغة العقد في اصطلاحهم: مايصدر من العاقدين من عبارة تدل على قصدهما، وتفصح عن إرادتيهما. وقد علمت أن ذلك يكون بإيجاب يستدئ به أحدهما، وقبول يتلوه من الآخر، فهي مجموع الإيجاب والقبول، إن تكون العقد منهما. أو إيجاب العاقد فقط إذا لم يحتج العقد إلى قبول، ولانزاع بين جمهور الفقهاء في أن الأساس فيها: أن تكون دالة في عرف المتعاقدين على إرادتيهما إنشاء العقد دلالة بينة غير فيها: أن تكون دالة أو إلله إلى عالما الأفعال، حتى قال مالك: يقع البيع بما يعتقده للناس بيعا، وقال أحمد بن جنبل: البيع مايعده الناس في عرفهم بيعا، والبيع وغيره في ذلك سواء، وهذا إجمال لايغنينا عن التفصيل الآتى:

وكذلك لانزاع بين العلماء في أن الأصل فيها أن تكون الفاضا، فإن الناس جميعا منذ بدء خلقتهم قد اتخذوا الكلام وسيلة للإبانة عن أغراضهم والتعبير عن رغباتهم، فكان السبيل الطبعى للإعراب عن المعانى النفسية والاتجاهات الباطنية. وكان بسبب ذلك وسيلة الناس إلى إنشاء مايحتاجون إليه من تعاقد والتزام، وسواء أكان بلغة عربية أم بلغة أخرى كالفرنسية والإنجليزية، أو أية لغة يفهمها المتعاقدان، متى كانت عبارة كل منهما دالة على مايريده من إنشاء عقد أو التزام. لايشترط في ذلك لفظ معين، ولاتركيب خاص؛ لأن المقصود هو الإفصاح عما في النفس من إنشاء العقد بكلام مفهم ليس فيه غموض ولاإبهام ولا احتمال لمعنى آخر. وكل العقود في ذلك سواء عند الحنفية حتى عقد الزواج، فتنعقد كلها بالعبارة البينة الدالة عند المتعاقدين والتي لاتفيد معنى آخر، خلاف إنشاء السعقد المطلوب، وقد خلاف في ذلك بعض الحنابلة والمالكية والشافعية، فاستثنوا من هذا الحكم عقد

 ⁽١) الصيغة مشتقة من الصوغ، مصدر صاغ: صاغ الله فلانا صيغة حسنة أى خلقه خلقة جميلة، وصاغ فلان الشيء أى هيأه على مثال مستقيم، فهو صائغ وصياغ، وصيغة الله خلقته، والصيغة العمل والتقدير، ويتال: صيغة القول كذا، أى مثاله وصورته.

الزواج مشترطين في انعقاده أن يتقيد العاقدان في إنشائه بلفظى: نكحت وزوجت وما اشتق من مادتهما إذا كانا يحسنان العربية؛ لأنه عقد ينزع ويميل إلى أن يكون عبادة. فيلتزم فيه ما جاء به الشارع. وقد ورد هذان اللفظان في القرآن، فقال تعالى: ﴿ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف﴾، وقال تعالى: ﴿ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف﴾، وقال تعالى: أدعيائهم﴾، والحق أن ذلك لايؤيدهم فيما ذهبوا إليه، فإن الشارع لم يستعمل هذين اللفظين إلا لإفادتهما المعنى المطلوب. وليس على الناس من حرج إذا استعملوا لفظا سواهما متى أفاد إفادتهما، ولذا لم يقيد بهما اتفاقا من لايعرف العربية، كما لم يقيد من ينشئ العتق أو الصدقة اتفاقا بلفظ معين مع ظهور معنى العبادة فيهما ظهورا ليس في النكاح، ومع حديث الشارع عنهما أيضا بألفاظ معينة في الكتاب والسنة.

استعمال الفعل الماضى: وليس أدل على إنشاء العقود فى اللغة العربية من استعمال الفعل الماضى فى الإيجاب والقبول، فيقول البائع: بعت، ويتول المشترى: اشتريت، أو قبلت وهكذا، ذلك لأن الفعل الماضى يدل على وجود معناه وتحققه فعلا، فكان استعماله فى إنشاء العقد أدل على تحققه، وأن العقد كان فعلا، ولا مساومة فيه ولا عدة، ولذلك استعمله النبي ﷺ فى عقوده، وقل أن ترى من العرب من يستعمل غيره فى ذلك الغرض، ثم شاع فى الناس كذلك استعماله هذا الاستعمال، وقل أن يستعملوا غيره.

استعمال الجملة الاسمية وحرف الجواب: وقد يقوم مقام الفعل الماضى فى إنشاء العقود حرف الجواب (نعم) فيقع إيجابا، كما إذا قلت لصديق لك: أتبيعنى كتابك هذا بعشرين قرشا؟. فقال لك: نعم. فإن ذلك يكون إيجابا منه. فإذا قبلت تم البيع، ويقع كذلك قبولا كما إذا قلت لصديق لك: اشتريت منك هذا الكتاب بعشرين قرشا، فيقول الصديق: نعم، فإن العقد يتم بذلك، ويكون حرف الجواب قبولا منه (۱)، ومثل حرف الجواب في هذه الصورة، أن يقول لك: هات الثمن أو ادفع الثمن.

⁽١) جاء فى الدر المختار عن الولوجية: أن البائع إذا بدأ فقال: بعتك هذه الدار بكذا فقبل المسترى بقوله النعم، فقط، لم ينعقد البيع لعدم إفادة حرف الجواب قبوله البيع، واحتماله إرادة تصديق البائع فيه أن إيجابا بهذا قد صدر منه.

وقد تقوم الجملة الاسمية مقام الفعل الماضى أيضا، كأن تقول لآخر: هذا الكتاب عليك بألف، فيقول لك: قبلت، أو فعلت، أو نعم، فإن الإيجاب جملة اسمية، ومثل أن تقول له: هو لك بألف إن رضيت أو إن أعجبك، فيقول لك: رضيت بذلك، أو أنا بذلك راض، فإن العقد في هذه الصور وأمثالها ينعقد بلا خوف لا فرق فيها بين بيع وزواج وغيرهما.

استعمال الفعل المضارع: وكما ينشأ العقد باستعمال الفعل الماضى أو الجملة الاسمية - كما بينا - ينعقد على التحقيق بالفعل المضارع، كأن تقول لشخص: أبيعك هذا الكتاب بجنيه؟ فيقول: اشتريت مثلا أو أشتريه، إذا تعينا لإنشاء العقد حالا بواسطة القرائن وانتفى عنهما إرادة الوعد والمساومة، وعلى ذلك فالمضارع الذي يراد به الحال، ويفهم منه ذلك بواسطة القرائن المحيطة بالعقد كالماضى، في اعتباره إيجابا إذا صدر أولا، وقبولا إذا صدر ثانيا، أما المضارع المقترن بالسين أو بسوف، فعلا يصلح لإنشاء العقود؛ لأنه صريح في الوعد، وعلى ذلك إذاقال شخص لامرأة: أتزوجك، فقالت: زوجت نفسى، أو قبلت، تم عقد الزواج، وكذا لو قال لآخر: تزوجني ابنتك. فقال: فعلت أو زوجت عند انتفاء الاستيعاد، ومثله لو قال له: هل أعطيتني ابنتك؟ فقال الآخر: زوجت.فإن العقد يتم في جميع هذه الصور، إذا انتفى احتمال المساومة والعدة والاستفهام (۱).

استعمال فعل الأمر: لا يرى مالك والشافعى وأحمد فرقا بين استعمال فعل الأمر واستعمال الفعل المضارع فى إنشاء العقود متى دل فعل الأمر على إرادة العاقد به إنشاء العقد دلالة ليست محلا للاحتسمال والشك فى عرف المتعاقدين وطرق مخاطباتهم، فإذا قال إنسان لآخر: بعنى هذا البيت بألف جنيه، فقال له: بعكته بهذا الثمن، تم العقد. وكذلك إذا قال مالك البيت لآخر: اشتر منى هذا البيت بألف جنيه، فقال الآخر: اشتريته منك بهذا الثمن، تم العقد. وكذا إذا قال إنسان لآخر: اشتريت منك هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال له: هات الثمن. وهكذا الحال فى جسميع العقود، لا فسرق بين عقد وعقد؛ لأن المناط هو الدلالة بحسب عرف الناس فى مخاطباتهم.

⁽١) راجع فنح القدير من كتابي البيع والنكاح.

ويظهر لى أن ذلك هو رأى الحنفية أيضا فى حقيقة الواقع، فقد أجازوا استعمال فعل الأمر فى إنشاء الزواج. فيتم بقول الرجل لامرأة: زوجينى نفسك، وقولها بعد: زوجينك نفسى، وفى إنشاء الخلع والطلاق على مال، فإذا قالت الزوجة لزوجها: اخلعنى على مائة جنيه، فقال: خلعتك، أو قالت: طلقنى على مائة جنيه، فقال: فلك وفى الهبة، فإذا قال مائة جنيه، فقال: طلقتك على ذلك، وقع الطلاق ولزم المال. وفى الهبة، فإذا قال شخص لآخر: هبنى كتابك هذا، فقال له: وهسبتكه، تم عقد الهبة. وفى الكفالة فإذا قال إنسان لآخر: اكفل فلانا بما لى فى ذمته من الدين، فقال: كفلته بذلك، تم العقد وصار كفيلا. والإبراء، فإذا قال المدين لدائنه أبرئنى من الدين الذى لك عندى، فقال: أبرأتك منه تمت البراءة والإقالة عند أبى يوسف، فإذا قال المشترى للبائع مثلا: أقلنى، فقال له البائع: هات الثمن تمت الإقالة. بل نصوا كذلك على أن عقد البيع ينعقد ويتم بقول شخص لآخر: اشتريت منك هذا المنزل بكذا، وقول الأخر: هات الثمن أو انقد الثمن، وبقول المالك لآخر:خذ هذا المنزل بكذا، وقول الآخر له: أخذته بذلك. وعللوا جميع ذلك: بانتفاء إرادة المساومة فى هذه الصور كلها. ودلالة فعل الأمر على إنشاه العقد دلالة قاطعة.

أما ماجاء في كتبهم، من أن عقد البيع لاينعقد بفعل الأمر إذا وقع إيجابا فلا يعارض ماقررناه؛ لأنهم بنوا ذلك على أن دلالته على إنشاء العقد غير قاطعة لاحتسمال إرادة المساومة منه. فقد قالوا: إذا قلت لصديق لك: بعنى هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال: بعته. لم ينعقد البيع بذلك، إذ لم يوجد إلا شطر العقد وهو الإيجاب؛ ذلك لأن قولك «بعنى هذا الكتاب بعبشرة قروش» قد يراد به المساومة، فلم يكن متعينا لإنشاء العقد، إذ لايدل إلا على طلب إنشاء بيع في المستقبل، وذلك غير إيجاد عقد في الحال عند التلفظ فلا يصلح إيجابا، وإذا لم يصلح إيجابا كان الإيجاب هو الكلام التالى، وهو قول الصديق «بعته» والعقد لايتم بالإيجاب وحده. ولذا يحتاج في إتمام هذا العقد إلى قبول منك بعد ذلك فيقول: قبلت أو اشتريته.

ذلك ماقالوه. وهو صريح في أن مرجع ذلك احتمال الدلالة بسبب مايلابس عقد البيع، ويصاحبه من المساومة، وأن هذا الظرف لايجعل فعل الأمر في هذه الحال دالا على إنشاء العقد دلالة قاطعة، فلم يصلح لذلك إيجابا، وهذا

الحكم إنما كان نتيجة هذا الظرف. لاحكما يعم كل فعل أمر في كل عقد (١).

التعاقد بالكتابة: والكتابة تقوم مقام اللفظ في إنشاء العقود. اتفاقا، إذا كانت كتابة مستبينة كالكتابة على الورق؛ لأنها كالقول في الإبانة عن المراد، أما إذا كانت غير مستبينة كالكتابة في الهواء أو على الماء فلا اعتداد بها، وعلى ذلك إذا

(۱) وقد أراد بعض الحنفية أن يجعل الآساس عندهم عدم صلاحية فعل الأصر لأن يكون إيجابا في عقود المعاوضات التي تصاحبها المساومة، كالبيع والإجارة، لاحتماله حيننذ أن يراد به المساومة دون إنشاء العقد، وصلاحيته في غيرها من العقود التي لا يصاحب إنشاءها مساومة، إما لخلوها من المساومة أصلا بطبيعتها، وإما لانها لاتنشأ عادة إلا بعد الانتهاء من المساومة. فيصلح فيها لدلالته حيننذ على إنشاء العقد دون احتمال شيء آخر خلافه، كما في عقود الزواج والحلم والطلاق على مال والهبة والكفالة والإبراء والإقالة عند أبي بسف.

فأما عقد الزواج فلأن العادة فيه أنه لا يكون غالبا إلا بعد خطبة يسبقها تشاور وبحث، ولايكون الإقدام عليه إلا بعد الانتهاء من جميع ذلك، فإذا أقدم الشخص عليه فاستعمل فعل الأمر فى الإيجاب امتنع أن يراد به المساومة، وكان المطلوب منه إنشاء عقد الزواج إثر طلبه، وكان دالا على ذلك قطعا، واقتضى ذلك سبق الرضا به فيتم العقد به على اعتبار أنه إيجاب، ولهذا السبب نقسه صلح إيجابا فى الخلع والطلاق على مال، وليس البيع كذلك، فإن المساومة فيه تصحب العقد وتشترن به عادة، فإذا استعمل الأمر انصرف إلى المساومة فيه ولم يتنفى رضا سابقا، وكالبع بقية المعاوضات.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يجعل فعل الأمر في صورة الزواج توكيلا من الزوجة لا إيجابا، وأن عقد الزواج قد تم بعبارة الزوج وحدها، لانها قبائمة مقام عبارة الزوجة بحكم أنه وكبل عنها ومتمام عبارة مستئلة صدرت عن نفسه، فكان في إنشائه هذا العقد وكيلا عن الزوجة وأصيلا عن نفسه، فانعقب بعبارته وحدها لولايته بمتضى هاتين الصفتين؛ لأن عقد الزواج ينشئه واحد إذا تعددت ولايته، ولايجوز في البيع ذلك وأمناله، كمما سيجيء في البيع، ويتتضى كذلك ألا يشترط فيه سماع شهبود عقد الزواج. لأنه ليس شطرا للعقد، وعلى ذلك لو قال شخص لامرأة: زوجيني نفسك، كان لها أن تزوجه نفسها بعد أيام، ولكن الفقها، قد ذكروا أنه يتقيد بالمجلس، وأنه لابد من الإشهاد عليه بشهود الزواج؛ وذلك يدل على أنه إيجاب.

وأما الهبة والكفالة فقد يصح لنا أن نعتبر فعل الأمر فيهما غير مكون للعقد بناء على أن الهبة إنما تتم بعبارة الكفيل وحده، إذ منهما الالتزام فقط. وليس للموهوب له إلا أن يرضى بدخول المال الموهوب في ملكمه حتى لايدخل في ملكه ما لايرضاء، وليس للمكفول له إلا أن يرضى بينا الاستيثاق حتى يترتب عليه توجهه إلى الكفيل بالمطالبة، وعلى ذلك فليس بإيجاب فيهما وإنما الإيجاب مائلاه من القول. وقد يسوغ لنا أن نعتبره إيجابا ونوجه ذلك بماسبق أن ذكرناه في عقد الزواج من أن عقد الهبة والكفالة لامساومة فيهما، وأن الطلب فيهما يقتضى رضا بانا من قبل المطالب، وذلك كاف في اعتباره إيجابا لعدم الاحتمال في دلالته، ولهذا يتم العقد لوجود شطريه: وهما الإيجاب والقبول. وسنرى تحقيق إسقاط للدين وأنه يتم بعبارة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين. ولذا لايقع فيه فعل الأمر إسقاط للدين وأنه يتم بعبارة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين. ولذا لايقع فيه فعل الأمر الذي له في ذمته، ولهذا صح أن يرتد برد المدين، ولو كان مجرد إسقاط ماقبل الرد، وكذلك لحال في الإقالة المذى له في ذمته، ولهذا صح أن يكون الإيجاب فيها على صيغة الأمر، لدلالته القطمية على إرادة إنشاء العقد. ومن هذا كله ينضح لك أن المدار على وضوح الدلالة، وأن استظهارنا صحيح، وأنه لافرق في هذا بين الحفية وغيرهم.

كتبت على ورقة لإنسان: بعتك هذا القلم، فكتب تحتها: قبلت، تم عقد البيع. وإن كنتما قادرين على النطق. وكذلك الإجارة والرهن وغيرهما لافرق فى ذلك بين أن يكون العاقدان فى مجلس واحد أو فى بلدين متباعدين، ولايستثنى من ذلك إلا عقد الزواج، فلا يتم بالكتابة عند حضور العاقدين فى مجلس واحد وقدرتهما على النطق؛ وذلك لاشتراط الشهادة على العقد وسماع الشهود لاقوال العاقدين، وعدم اشتراط ذلك فى غير عقد الزواج، ولكن إذا كان أحد العاقدين غائبا عن مجلس الآخر كان لأحدهما أن يكتب إلى الآخر بإيجاب فإذا وصله الكتاب وجب عليه أن يقرأه على الشهود، ثم يقبل فيتم بذلك عقد الزواج، فإذا كتب شخص إلى امرأة كتابا وذكر فيه أنه تزوجها، وأرادت المرأة إتمام العقد وجب عليها أن تستدعى شاهدين ثم تعلمهما لفظا بما فى الكتاب، ثم تقبل العقد عقب ذلك فى نفس المجلس، وسيشرح هذا عند دراسة الزواج.

التعاقد بالإنسارة: وفى حكم الكتابة الإشارة المقهمة من الأخرس؛ لأنها وسيلته إلى الإفهام والإفصاح عما فى نفسه، فكانت له كاللفظ للناطق، وليس كل من اللفظ والكتابة فى الواقع إلا إشارة تصالح عليها الناس واتخذوها بينهم أداة للتعبير والإفهام. وعلى ذلك تقوم إشارته المعهودة المفهمة مقام لفظه إذا كان لايكتب اتفاقا، فإن كان يحسن الكتابة اختلف الرأى. فقيل: لاتقبل منه الإشارة حينذ؛ لأن الكتابة أبين وأدل، وأبعد عن الاحتمال، فلا تترك إلى إشارة لايفهمها كثير من الناس، ولا تخلو عن احتمال، وهذا مايتفق مع ماجاء فى الأصل «أصل محمد» وبهذا الرأى أخذت لائحة إجراءات المحاكم الشزعية. فقد جاء فى المادة محمد» وبهذا الرأى أخذت لائحة إجراءات المحاكم الشزعية. فقد جاء فى المادة يمكنه الإقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة وقبل إنه يخير فى إنشاء عقده، إن شاء عقده بالإشارة وإن شاء عقده بالكتابة لأن المناط هو الإفهام، وكلاهما مفهم، وهذا مايتفق مع ماجاء فى الجامع الصغير.

ولا اعتداد بإشارة القادر على النطق، وإن كانت مفهمة. فلا يتم بها التزام عند الحنفية والشافعية، وعلى ذلك إذا قلت لناطق: بعتك هذا القلم بجنيه. فهل تقبله بذلك؟ فأومأ برأسه: أي نعم، بدون أن ينطق بها لم ينعقد البيع، وقد

استثنوا من ذلك الإقرار بالنسب، ففي جامع الفصوليين «صبى بيد رجل، فقيل له: أهذا ابنك؟ فأوماً برأسه: أي نعم يثبت نسبه بذلك» (١) ١. هـ

التعاقد بالأفعال: وأما الفعل فلا يقوم مقام القول في عقد الزواج اتفاقا، وكذلك في الخلع عند جمهور المشترعين فلا يعقد زواج بفعل. ولايقع طلاق كذلك بفعل. أما بقية العقود فقد اختلف فيها الرأى فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على ذلك كالتعاطى وما أشبهه، ومنهم من قيد ذلك بتيود كجريان العرف به، فيجوز إنشاؤها بالفعل إذا تعارف عليه الناس، ولايجوز إذا لم يتعارفوه، وذلك كله تبعا لاختلافهم في الأصل الذي يبنى عليه حكم إنشاء العقود.

وللعلماء في هذا الأصل ثلاثة أقوال (٢):

الأول. أن الأصل في العقود ألا تنشأ إلا باللفظ؛ لأنه أداة الإفهام التي تواضع عليها الناس جميعا للتعبير عن أغراضهم ونياتهم دون غيرها، فلا يعدل عنها إلا إلى الكتابة؛ لأنها جعلت كذلك قائمة مقامبها وبديلا عنها، وعلى ذلك فلا تنعقد العقود على الإجمال بالأفعال. لعدم وضوح دلالتها. ويستثنى من ذلك بعض مواضع دعت الحاجة إلى استثنائها أو ورد النص بها، ومن مواضع الاستثناء: الإشارة للأخرس، وإلى هذا مال الشافعي وروى كذلك عن أحمد.

الثانى ـ أن العقود كما تنشأ باللفظ والكتابة كذلك تنشأ بالفعل إذا ماتعارفه الناس وجعلوه منشئا للعقد، وذلك لأن اللفظ والكتابة إنما صلح كل منهما لهذا بسبب تواضع الناس وتعارفهم، فإذا ماتواضعوا كذلك على إنشاء عقد خاص بفعل خاص صلح هذا الفعل لأن يكون إيجابا أو قبولا، لتعارف الناس ذلك وصورته بهذا كاللفظ في الإفهام وذلك كالبيع بالتعاطى في بعض السلع، والإجارة في ركوب السيارات وبعض المراكب، ودفع القماش إلى الحائك لخياطته، ونحو ذلك عا جرى به عرف الناس وشاع بينهم حتى لم يكن محلا لأى احتمال.

 ⁽١) راجع أحكام الإشارة في الأشباه ص ١٩٩ من القن الثالث. وفيها أن إشارة معتقل اللسان لا يعتد بها إلا إذا دامت العلة إلى الموت على ماعليه الفتوى. ومن العلماء من اكتفى بامتدادها سنة.

⁽۲) راجع فتاوی ابن تیمیة (ج۳ ص۲۷) ومابعدها.

وإذن فمفتضى هذا القول: أن العقود تنشأ بالفعل عندما يتعارفه الناس. وهذا مايتفق مع أصول الحنفية، وهو رواية عن أحمد، وإليه مال أصحاب الشافعي. وعلى هذا أجازوا بيع التعاطى في الحقير من الأشياء دون نفيسها؛ لأن الناس تعارفوه في حقيرها فقط.

الثالث. انها تنعقد بكل مايدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف به أو لم يجر، ليس لذلك حد مقرر سوى ماذكرناه، لا فى شرع ولا فى لغة، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددها. كما فى تنوع اللغات وتعددها، فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود الفاظا كثيرة متعددة فى جميع اللغات، ولايجب على الناس التزام لفظ منها، وكذلك تتنوع الكتابة عند الكاتبين، والإشارة عند الخرس. فلا يتقيد بكتابة خاصة، ولا بإشارة خاصة، مادام الإفهام متوافرا، لأنه المناط، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة أو الأدى، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها. إذ التفرقة بينها تعتبر تحكما ليس له مبرر، وإذا فالعبرة بالإفهام سواء أكان ذلك بالكلام، أم بالكتابة، أم بالإشارة أم بالفعل. فإذا قلت لإنسان أخذ هذا الكتاب بجنيه فسلمته إليه تم البيع، وإذا ركبت الترام فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك تحت الإجارة، وإذا دفعت الثوب إلى الحائك، فأخذه منك الكمسارى أجر ركوبك تحت الإجارة، أصول مذهب مالك، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه.

خلاصة الباب

صيغة العقد: صيغة العقد: هي صورته في الخارج، أو مايقوم به العقد في الخارج من إيجاب وقبول بصورة خاصة، إن كان العقد التراما بين طرفين، وهي الإيجاب فقط إن كان التراما من جانب واحد.

والأساس فى صحة الصيغة: أن تكون دالة فى عرف العاقدين أو العاقد على إدادة إنهاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر، كالعدة أو المساومة، ولايضير بعد هذا أن تكون لفظا أو غير لفظ. كالكتابة والإشارة والفعل. ولذا قال مالك: يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا. وعلى ذلك إذا كانت بألفاظ، فلا يضر أن تكون بأية لغة من لغات العالم وبأية كلمة دالة على إرادة إنشاء العقد، لا يخرج عن ذلك إلا عقد الزواج عند الشافعي ومالك وأحمد إذ اشترطوا في انعقاده أن يكون بألفاظ مشتقة من مادة الزواج والنكاح، لورود الحديث عنه في القرآن بذلك، والراجح مذهب الحنفية في أنه لافرق بين الزواج وغيره.

وأدل الأساليب على إنشاء العقود على العموم صيغة الفعل الماضى لدلالتها على التحقق، أما صيغة المضارع والأمر فصالحتان إن اقترن بهما مايجنبهما احتمال إرادة شيء غير إنشاء العيقد، وهذا هو الراجع، ومثل ذلك في الحكم الجيملة الاسمية أو حرف الجواب، فالمناط وضوح السدلالة وعدم الاحتمال في صيلاحية العبارة لأن تكون إيجابا أو قبولا لا شيء غير ذلك على الأصح. أما الكتابة فتقوم مقام اللفظ إذا كانت مستبينة، وهي التي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، ولاتعتبر الكتابة غير المستبينة كالكتابة على وجه الماء. وعلى ذلك فيجميع العقود تنعقد بالكتابة، فيكون الإيجاب كتابة والقبول كذلك، سواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لايستطيعه، ولايستشنى من ذلك إلا عقد الزواج فيلا ينعقد بالكتابة عند حضور الزوجين إلا عند العجز عن النطق. ومثل الكتابة في انعقاد العقود الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة معروفة. فإن كان لا يعرف الكتابة صحت جميع العقود بإشارته اتفاقا، وإن كان يعرف الكتابة اختلف رأى الفقهاء، فمنهم من المعتبر إشارته حينذ ومنهم من يعتبرها، أما إشارة الناطق فغير معتبرة مطلقا.

وأما التعاقد بالأفعال. فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على الإرادة كالتعاطى وما يشبهه، ومنهم من قيد ذلك بقيود، كجريان العرف بإنشاء العقود بهذه الأفعال، ولذا أجازوا انعقاد البيع بالتعاطى فى الأشياء الحقيرة، لجريان العرف به دون الأشياء النفيسة لعدم جريانه فيها بالتعاطى.

باب عبارة العاقد ونيته

علمنا أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول على وجه ينشأ عنه التزام مطلوب، وأن مطلوب، أو هو الإيجاب والقبول المرتبطان ارتباطا ينشأ عنه التزام مطلوب، وأن بعض الفقهاء قد يستعملون كلمة العقد استعمالا أعم، فيطلقونها كذلك على العبارة الصادرة من شخص واحد بإنشاء التزام معين من ناحيته، كما في اليمين والإبراء والطلاق المجرد.

وكذلك عرفنا أن مايصدره العاقد على وجه الإجمال من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل إنما يتخذه وسيلة إلى إظهار مافى نفسه من معنى هو إرادة إنشاء التزام معين.

ومن هذا كله نتبين أن كل عاقد لابد أن يكون له نية أو إرادة، وأنه لابد كذلك من أن يفصح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار والتبيين، كالعبارة أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك، وأن إرادته في الحقيقة هي أساس إنشاء العقود. وأن وسيلته في الإفصاح عنها ليست إلا مظهرها وصورتها في الخارج.

ولكن لما كانت النية أو الإرادة أمراً باطنيا لاسبيل إلى معرفته إلا من جبة صاحبها وذلك بما يصدر عنه مظهرا لها، لم يكن في الإمكان الاعتماد عليها شرعا في إنشاء العقود والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع عليها، ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة من لفظ أو غيره بما يصدره صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها؛ لأنه أعرف بمافي نفسه من غيره، فكان مايظهره دليلا على مايبطنه، فإن كان الظاهر منحرفا كان الباطن كذلك في اعتبارنا منحرفا، وإن كان مستقيما كان الباطن كذلك، وهذا أصل شرعي كلي (١١)، وعلى هذا الأساس تنشأ العقود وترتبط المواثيق.

وبناء على ماذكر لايترتب على نية العاقد المجردة ولا على إرادته الجازمة عقد ولا الترام مادام كل منهما أمرا باطنيا لم يظهر فى شكل قول أو فعل. فلا يلزم بأن يتصدق بمال معين إذا ماأراد ذلك ونواه، ولم يظهره، ولا يلزمه الطلاق، إذا ما اعتزمه فى نفسه، ولا الوقف إذا ماانتواه وهكذا. وكذلك لايكون لمثل هذه

⁽١) راجع الموافقات للشاطبي.

النية أثر في تعاقده مع غيره. فإذا باع إنسان لغيره سلعة من السلع، وفي نيته أنه برىء من كل عيب يظهر فيها فليس له أن يلزم مشتريها بتلك النية، عادام لم يظهرها له عند العقد، لأنه لم يرضها، ولم يتعاقد عليها، وإذا أوصى شخص لآخر بشيء من ماله وقصد بذلك الإضرار بورثته، ولم يقم على ذلك دليل لم يكن لهذا القصد أى أثر قضائى في وصيته، ووجب على الورثة حينئذ تنفيذها. وحل للموصى له أخذ ما أوصى له به، أما إذا قام دليل على وجود هذا القصد فإنه يجوز للورثة ألا ينفذوها (عند الحنابلة) وإذا نفذوها غير عالمين بذلك القصد حرم على الموصى له أخذ ما أوصى له به، متى كان عالما بهذا القصد عندهم. وذهب غيرهم كالحنفية إلى أن الوصية صحيحة واجبة التنفيذ في الحالين، لتوافر وذهب غيرهم كالحنفية إلى أن الوصية صحيحة واجبة التنفيذ في الحالين، لتوافر شروطها ظاهرا، وإن كان الموصى آثما في إنشائها وسنبين هذا فيما يأتي (٩).

ذلك هو حكم الإرادة مادامت مستترة في النفس، أما العبارة وما في حكمها من وسائل الإظهار، فأساس العقد في الخارج، ومرجع الحكم عليه في الظاهر، ولكن بشرط أن تكون هي أو سا في حكمها بيانا لإرادة صحيحة في إنشاء الالتزام.

وتفصيل ذلك: أن العبارة قد تصدر من صاحبها من غير قصد إلى أن ينطق بها، وتدل القرائن والدلائل المتصلة بها على ذلك، وقد تصدر من صاحبها قاصدا أن يتلفظ بها. ولذلك عدة أحوال: فقد يتلفظ بها عن قصد إليها ولكن من غير فهم لما تدل عليه مطلقا، وقد يتلفظ بها فاهما لمعناها ولكنه قد أتى بها لأغراض أخرى غير تحقيق معناها لاتتصل بإنشاء ماتدل عليه من عقد. وإن شئت قلت: لاتتصل برغبة في إنشاء ذلك، وقد ينطق بها متظاهرا أنه ينشئ ماتدل عليه من عقد، ولكن من غير أن يريد إنشاءه أو يقصد إليه. وقد تصدر مع القصد إليها وإلى تحقيق معناها، وحينئذ تكون دالة على وجود إرادة بإنشاء التزام معين، وإن شئت قلت: إنها في هذه الحال تصدر مع إرادة جعلها سببا شرعيا تترتب عليه أثاره الشرعية.

⁽١) راجع جامع الفصولين (ج١ ص٢٤٣، ومابعدها.

فإن صدرت عن صاحبها من غير أن يكون وراءها إرادة وقصد إلى إنشاء التزام كانت على الجملة لاغية؛ لأن قوام العقد في الحقيقة إرادة العاقد وقصده، وليس لعبارته قيمة إلا باعتبار أنها مظهر تلك الإرادة في الخارج ودالة على وجودها، فإذا تبينا أن ليس وراءها هذه الإرادة لم تكن إلا حركات لسانية لاقيمة لها ولا أثر، وهاك تفصيل ذلك:

(۱) أن تصدر من غير قصد إلى التلفظ بها، كما في عبارة النائم والمجنون والصبى الذى لايميز. وهي في هذه الحال أصوات مهملة لاينشأ عنها عقد، ولايترتب عليها التزام (۱). واستثنى جمهور العلماء من هذا الحكم عبارة السكران فبحرم الذى لا يعي، فإنهم أخذوه بعبارته، وألزموه بما يترتب عليها من طلاق ويمين، وبيع وإجارة وغير ذلك من العقود، عقوبة له وقصدا إلى زجره، وإن كان حين تلفظه بها مغلوبا على أمره، وقصده إليها غير صحيح. وخالف في ذلك بعض المالكية، وآخرون من غيرهم، فجعلوه كالمجنون (۲) لايترتب على عبارته أي التزام، ولاينشأ عنها أي عقد، وعلى ذلك لايقع طلاقه. وهذا مااختاره الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة (۱)، وبه أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية «المادة الأولى من المرسوم رقم ۲۵ سنة ۱۹۲۹» (٤).

⁽۱) وفي حكم هؤلاه: المخطئ عند الشافعية، فعارته عندهم في اخكم كعبارة المجنون لصدورها منه من غير قصد إلى التلفظ بها، إذ إنها تسبق إلى لسانه من غير شعور بداعي عادة أو غيرها، نيتلفظ بها ولا يريدها. وخالفهم في ذلك الحنفية فاعتدوا بعبارته ورتبوا عليها جميع آثارها الشرعية، معتبرين صدورها منه عن وشد ويقظة وتمام عقل علامة وجود القصد إليها وإلى آثارها؛ لأن الخطأ أسر باطني لايطلع عليه ولايعرف إلا من جهة صاحبه. وقد يتسخذ إدعاءه وسيلة إلى إضاعة حقوق الناس، فلزم أن يحال بينه وبسين ذلك، وسيأتي لذلك زيادة بيان عند كلامنا على الرضا والاحتيار.

⁽٢) راجع الحطاب فج ع ص ٢٤١، ٢٤٢٤.

⁽٣) الكرخى: هو أبو الحسن عبيدالله بن الحسين. أخذ الفقيه عن أبى سعيد البردئى عن إسماعيل عن أبيه حماد عن أبيه أبى حنيفة، وهو من المجتهدين فى المسائل. وله المختصر وشرح الجامع المصغير وشرح الجامع الكبير. ولد سنة ٢٦٠ وتوفى سنه ٣٤٠٠ وإليه انتهت رياسة الحنفية بعد أبى حازم.

والطحاوى: هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة إمام جليل من المجتهدين في المسائل ولد سنة ٢٣٠ وتوفى سنة ٣٢١ وهو تلميذ خاله المازني الشافعي. وكان إماما في الحديث والأخبار وله معاني الأثار، ومشكل الآثار، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتابا: الشروط الصغير والكبير وغيرها. وهو منسوب إلى قرية طحا بصعيد مصر.

⁽٤) نص هذه المادة: لايقع طلاق السكران والمكره.

(٢) أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى التلفظ بها، ولكن من غير فهم لما تدل عليها إجمالا وتفصيلا، وذلك كما في عبارة من يلقن جملة تقتضى التزاما ولكن بلغة لايعرفها فيتلفظ بها ولايفهم مايراد منها، مثل أن يلقن: بعت أو وقفت أن طلقت وهو لايعرف مايراد بهذه الألفاظ. وهي في هذه الحالة أصوات مهملة لايترتب عليها أثر شرعي (١).

(٣) أن يتلفظ بها صاحبها لأغراض لاتتصل بإنشاء ماتدل عليه من عقد، كأن تصدر منه ترديدا لعبارة صدرت من غيره لحفظها مثلا أو لاستبانة مايكون أو تحقيق ماصدر منه أو لقراءة ماكتب، من غير أن يراد بذلك إنشاء عقد بها. ففي هذه الأحوال كلها لايسترتب على العبارة أى أثر. ومن ذلك عبارات المدرسين في دروسهم، والقارئين في كتب الفقه والقانون. (راجع الحموى على الأشباه والنظائر في أحكام العقود والكتابة من الفن الثالث(٢)).

وأما إذا صدرت منه مع قصده إليها. على أنها وسيلة للناس عادة في إنشاء التزام أو عقد. ومع تظاهره بأنه ينشئ بها عقدا. ولكن من غير أن يريد بها إنشاء ذلك، فتحت ذلك حالتان: الأولى: أن تصدر عن اختياز من صاحبها لغرض آخر قصد إليه كالهزل والاستهزاء والخداع والسمعة. والثانية: أن تصدر منه لا عن اختيار صحيح، بل اضطر إلى التلفظ بها دفعا للأذى عن نفسه كما في عبارة المكره.

⁽۱) ومن العلماء من اعتد بها فى الطلاق والعتاق والنكاح، واحتج بأنها عقود لايشترط فى إنشائها قصد منشئها. فإذا نطق إنسان بالفاظها الدالة عليها أثرم بأثارها وإن لم يفهمها، لأن قصده إلى إنشائها غير لارم فى إلزامه بها، وذلك للحديث الدال على أنها صحيحة عند الهزل بها. وهذا الرأى غير صحيح؛ لأن الألفاظ الدالة عليها فى هذا الحال لم يقصد إليها باعتبارها دالة على معنى معين وليست إلا حركات لسانية وأصواتا مبملة، فلا يصح أن يترتب عليها أى أثر شرعى. راجع فتع القدير من كتاب النكاح ونهاية المحتاج من كتاب البيم.

⁽٣) ومن هذا النوع: عبارة الناسى عند الشافعية، ومشال ذلك: أن ينسى إنسان فيظن أن عبارة خاصة تفيد مايريده من معنى فيستعملها فيه بناه على ذلك الظن وهى فى الواقع تفيد غيره. فإذا كانت هذه العبارة بحسب وضعها تفييد إنشاه التزام لم يترتب عليها ذلك الالتزام عند الشافعية وكانت عبارة مهملة لعدم المقصد إلى معناها الوضعى الذى تدل عليه وهو إنشاء التزام وراجع الاشباه والنظائر للميوطى فى أحكام النيان الدونية الحنفية إلى أن عبارة الناسى صحيحة كعبارة المخطئ. وأن جسيع عقود الناسى إذا مانطق بعبارة منشئة لعقد ولو كان غافلا عن معناها _ صحيحة ملزمة ولايصدق فى ادعاته النيان.

ففي الحالة الأولى: نرى أن صاحبها قيصد إلى أن يتلفظ بها، وعسمد إلى ذلك اختيارا ولكنه أراد بها غير ماتدل عليه، وماتستعمل فيه، فجردها من معناها هازلاً مع من يخاطبه أو مستهزئاً به، أو متظاهراً بما لايريد. ولذا كان الحكم عليها محلا لاختلاف النظر. فمن العلماء (١) من جعلها لاغية، فلم يرتب عليها التزاما، ولم ينشىء بها عقدا بناء على أنه قد صاحبها من القرائن مادل على أنه ليس وراءها إرادة في إنشاء التـزام، وأن هذه الإرادة هي أساس العقود وقـوامها. ومنهم من اعتبرها صحيحة صالحـة لأن تكون محققة لمعناها الذي تستعمل للدلالة عليه عادة، بناء على أن صاحبها قد قصد إلى إصدارها مع كمال أهليته واختياره، وهؤلاء فريقان: فريق رتبوا عليها ماتستعمل فيه. وأنشأوا بها ماتدل عليه من التزام. ولم يعبأوا بما أراده صاحبها من تجريدها من معناها؛ لأنه لايملك ذلك بعد أن قضى به الشارع، إذ ليس له تغيير ماجاء به، فإذا ما أتى بالسبب في إنشاء العقد وهي صيغته لزمه حكمه، ولا يفيده ما أقامه من القرائن على أنه لم يلتزمه، وبذلك تستقر المعاملات بابتنائها على أسبابها الظاهرة، ويطمئن الناس على تعاقدهم ومعاملات، وهذا ماذهب إليه الشافعية في أحد قوليهم. وفريق يرى مع صلاحها أنه ينقصها الرضا، فرتب عليها أثرها إذا ماتحقق الرضابه، وذلك بإجازتها بعد في وقتها(٢) وهؤلاء هم الحنفية، غير أنهم استثنوا من هذا الحكم العقود الخمسة الآتية، فرتبوا عليها أثرها في الحال إذا صدرت بها دون توقف على إجازة، كما سيأتي.

وبناء على ذلك إذا ماصدرت العبارة من صاحبها هازلا بها لم يكن لها أثر في المعاوضات المالية وما في حكمها، كالبيع والإجارة والرهن والكفالة، عند المالكية والحنابلة لما قدمنا. فلا ينشأ عنها عقد، ولايترتب عليها التزام، متى قام الدليل على وجود الهزل (٣). أما إذا صدرت في النكاح والطلاق والعتاق والرجعة

⁽۱) من هؤلاء : أحمد بن حنبل ومالك والشافعي في أحمد قولين له. راجع الشرح الكبـير للدردير "ج٣ ص٣٣ والمجموع للنوري مع المهذب في كتاب البيم، وكشاف القناع في كتاب البيم.

⁽٢) يرى الحَنْفية أن البازل راض بمباشرة السبب غير راض بحكمه في الحال. فكان البنول بمنزلة خيار الشرط في العقد إذا لم يذكر له وقت. ولذلك يفسد العقد ولكنه فساد يرتفع بالإجازة في ظرف ثلاثة أيام عند أبى حنيفة فإذا مضت الأيام الشلاثة بعد العقد دون إجازة استقسر فساده. راجع كمشف الأسرار على المنار "ج٢ ص ٢٩٣».

 ⁽٣) ويشترط الحنفية أن يتقدم الهزل دليله، وهو أن يشفق العاقدان عليه قبل العقد فلا تكفى عندهم دلالة الحال. راجم نور الأنوار (ج٢ ص ٢٩٢ خلافا للحنابلة . راجم كشاف القناع.

واليمين، فإنها تكون صحيحة يترتب عليها أثرها في الحال؛ لما في هذه العقود من حق الله تعالى، ولايصح لذلك أن تكون محلا لهزل الهازل، إذ لايجوز التلاعب بحقوقه تعالى وجعلها محلاً للمزاح والاستهزاء، وعلى ذلك فطلاق الهازل واقع، وزواجه صحيح لازم، وبهذا أتى الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق، وفي رواية «والرجعة» بدل العتاق، فاستثنى الشارع هذه العقود الخمسة تغليظا على المستهزئ بها حتى يتجنب الهزل. وخالف في هذا بعض المالكية فلم يستثن هذه العقود من الحكم السابق. أما الحنفية فقد عرفت أنهم يرون صحة هذه العبارة في هذه الحال. ولكن لايرتبون أثرها عليها في غير هذه يرون صحة هذه العبارة في هذه الحال. ولكن لايرتبون أثرها عليها في غير هذه يرون صحة هذه العبارة أنها أما في هذه العقود فرأيهم كرأى الجمهور. وقد ذكرناه.

وذهب الشافعية إلى أن عبارة الهازل معتبرة في كل العقود. ورتسوا عليها لذلك آثارها ولم يبطلوها بسبب الهزل بها^(۱) وذلك أحد قولين لهم.

وفى الحال الثانية ـ نرى أن من أصدرها قد أكره على التلفظ بها دفعا لما هدد به من أذى فكان غير راغب فيها ولا راض بها، وكان اختياره النطق بها ليس اختياراً صحيحا، فلم يكن من سبيل إلى الاعتداد بها، واعتبارها صحيحة، وهذا ماذهب إليه أحمد، فلم يرتب على عبارة المكره أى التزام، وجعل العقود كلها فى ذلك سواء لافرق بين عقد معاوضة وغيره. وبهذا الرأى أخذت لائحة ترتيب لائحة المحاكم الشرعية (٢) فى عدم وقوع طلاق المكره.

⁽۱) ومن حالات الهيزل: حال التلجشة، وهي أن يتواطأ اثنان على التظاهر بإنشاء عقد أو على إظهاره بصغة خاصة من غير أن يكون ذلك حثيقة واقدعة بل عمدا إلى ذلك لدفع ضرر أو اكتساب شهرة. ومن أمثلة ذلك: أن يتواطأ اثنان على أن يتظاهرا بإنشاه هذا البيع بناه على تواطئهما السابق من غير أن يقصدا بيعا حثيتيا. ومن ذلك أن يتواطأ البيعان في العقار على بيعه في التظاهر بثمن أكثر مما اتفقا عليه حتى يدفعا بذلك الشفيع عن طلبه. ومن ذلك: أن يتواطأ الخاطبان على أن يعقدا رواجهما أمام الناس بأكثر من المهر المتفق عليه بينهما لاجل السمعة على أن يكون مايذكرانه من المهر أمام الناس سمعة لاحقيقة له، فعقد البيع في الصورة بينما لاجل السمعة على أن يكون مايذكرانه من المهر أمام الناس سمعة لاحقيقة له، فعقد البيع في الصورتين الأخيرتين هما ماتوافقا عليه سرا دون ما أعلناه أمام الناس عند الحنفية وبعض الحنابلة والمالكية. كما يفهم من أصوابم، وذلك بناه على أن هذا من قبيل الهزل ولا أثر لعبارة الهيازل فيه كما قدمنا. ومن العلماء من جعل البيع في الصورة الأولى صحيحا وجعل المهر والشمن ما أعلناه أمام الناس دون مااتفقا عليه سرا. وإلى هذا الميقد لايؤثر فيه. لان الإقدام على العقد من غير تعرض له يعتبر إعراضا عنه. دالمتر ونتاوى ابن تيمية في الحقد لايؤثر فيه. لان الإقدام على العقد من غير تعرض له يعتبر إعراضا عنه. رالشرط المتقدم على العقد لايؤثر فيه. لان الإقدام على العقد من غير تعرض له يعتبر إعراضا عنه. راجع رد المحتار ونتاوى ابن تيمية في الجزء الثالث صو٥٤ ومابعدها.

⁽٢) راجع المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩.

وذهب الحنفية إلى اعتبارها لاغية في غير العقود الخمسة التي تصح مع الهزل، فلم ينشئوا بها بيعا ولا إجارة ولا رهنا ولا كفالة لعدم القصد فيها إلا إذا أجازها المكره بعد زوال الإكراه، وإلى اعتبارها صحيحة في هذه العقود الخمسة؛ لأن الشارع قد جعل اللفظ فيها عند القصد إليه قائما مقام الإرادة، فيترتب عليه حكمه. وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه. ودليل ذلك صحتها من الهازل مع انعدام قصده (۱).

وإن صدرت العبارة: من صاحبها مع القصد إلى جعلها سببا شرعيا يترتب عليه الترام معين فقد يكون من المتعارف استعمال تلك العبارة في الدلالة على إنشاء هذا الالتزام. وقد يكون استعمالها في ذلك غير متعارف ولكنها مع ذلك تدل على إنشائه بما أضيف إليها من الألفاظ والقرائن التي تمنعها من أن تدل على غيره. وفي كلتا الحالين يرى الفقهاء أنها عبارة صحيحة يترتب عليها الأثر المطلوب متى كانت إرادة العاقد متفقة تمام الاتفاق مع آثار هذا الالتزام وأغراضه الشرعية، فمن يقول: بعت، وهو يريد البيع بآثاره الشرعية التي فصلها الشارع يترتب على عبارته هذه الالتزام الذي يطلبه وهو البيع إذا اتصل به القبول. ومن يقول: تزوجت فلانة. وهو يريد الزواج الشرعي المحتق لأغراضه من تكوين أسرة صالحة بترتب على عبارته مايريده من الزواج إذا ما اتصل بها القبول. ويستتبع كلا من العقدين حينئذ آثاره الشرعية بلا خلاف في ذلك.

وكذلك الذى يستعسمل فى إنشاء البيع لفظ الهبة في قول لآخر: وهبتك هذا المنزل على أن تدفع لى مائة جنيه. ويقبل الآخر ذلك منه، أو يستعسمل فى الهبة لفظ البيع فيقول لآخر: بعتك هذا الشوب بلا ثمن. في قبل الآخر ويتسلم منه الثوب. أو يستعمل البيع فى إنشاء الزواج فيقول لامرأة: بيعى نفسك لى على الدوب. أو يستعمل البيع فى إنشاء الوكالة أو لفظ الوصية فى إنشاء الوكالة أو لفظ الوكالة فى إنشاء الوصية أو يستعمل لفظ البيع فى إنشاء الإجارة وما إلى ذلك، الوكالة فى إنشاء الوصية ويرتبون عليها ماتفيده من كل هذه العبارات يعتبرها الحنفية عبارات صحيحة ويرتبون عليها ماتفيده من الالتزامات المطلوبة للعاقدين، ويقولون فى سبب ذلك: أن العبرة بالمعانى لا

⁽١) قد بفرق بين المكسره والهازل بأن الهازل له اختيبار صحيح فاستحق لذلك التغليظ عليه بجعل عبارته صححة، ولسد كذلك المكره.

بالألفاظ والمبانى، أما الشافعية والحنابلة فقد اختلف فى ذلك نظرهم، فمنهم من نظر نظرة الحنفية، فاعتد بالعبارة وصححها، ورتب عليها مايراد منها، ومنهم من نظر إلى اللفظ فرأى أنها عبارة فاسدة لايترتب عليها الالتزام المطلوب منها، وهذا مع مراعاة ما أشرنا إليه فيما مضى من أن النكاح عندهم لايصح إلا بالألفاظ المشتقة من مادتى زوج ونكح^(۱).

أما إذا اتجهت إرادة العاقد في إنشاء عقده إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصودا من شرع العقد، فكان هذا الغرض هو الباعث عليه، فإن الرأى في ذلك يتبع حكم ذلك الغرض فإن كان غرضا مباحا غير محظور لم يؤثر ذلك في صحة العبارة ولا في ترتب أثرها عليها؛ لأن الغرض حينئذ حاجة للعاقد. وقد رأى العقد وسيلة إليها فجعله طريقا إلى تحصيلها، ولمثل هذا شرعت العقود على الجملة.

وإن كان غرضا محظورا حرمه الشارع، فقد اختلف في ذلك رأى العلماء، فلم يجعل لذلك القصد أثرا، فلم يجعل لذلك القصد أثرا، فصحح العبارة ورتب الالتزام المطلوب، ولم يعن بالغرض لأنه باطنى، وإن كان معلوما لدى العاقدين. ومنهم من فرق بينهما، فأبطل العقد بسبب هذا القصد متى قام الدليل عليه، واعتبر العبارة لهذا لاغية لايترتب عليها التزام (٢). ومن الفريق الأول أبوحنيفة والشافعي، ومن الفريق الشانى : أحمد بن حبل وأبو يوسف ومحمد، وبناء على ذلك تكون الإجارة على عصر العنب لاتخاذه خمرا، والإجارة على حمل الخمر إلى من يشربها، وبيع السلاح للكفار أو للبغاة أو لقطاع الطريق، أو لأهل الفتنة، وهبة المقترض للمقرض عقب القرض، كل ذلك يعتبر على عقودا صحيحة عند أبى حنيفة والشافعي (٢) ومن يسرى رأيهم؛ لأن المدار على

⁽١) راجع رد المحتار والأشباه والنظائر للسيوطي وقواعد ابن رجب.

 ⁽٢) وهذا الرأى يتفق وما تقضى به النظرية الحديثة في الفقه الوضعى المخاصة بالسبب فإنها تقضى ببطلان
 الالتزام إذا كان الباعث عليه والدافع له سببا غير مشروع. راجع الموجز في الالتزام للأستاذ السنهورى باشا.

⁽٣) واجع البعلى على الأشباء والنظائر في قاعدة : الأمور بمقاصدها. وفي فتأوى قاضيخان: ذمى استأجر مسلما ليحمل له خمرا . أو استأجر بيتا ليسخذه كنيسة جاز عند أبى حنيفة، وقال صاحباه: لا يجوز : وعلى هذا الخلاف إذا استأجر ذمسى من مسلم دابته لحمل الخمر أو استأجر مسلم ذميا لرعى الخنازير ا. هد من باب الإجارة الفاسدة.

العبارة الظاهرة وهى سليمة. أما النيات والمقاصد، فمتروك أمرها إلى الله، وتستوجب إثم صاحبها فقط ولاتقتضى إبطال عقده. قال الشافعى فى الأم «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة، ولابعادة بين التبايعين، وأجزته لصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النيبة لو ظهرت كانت تفسد البيع (۱)، كما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به! ولا يحرم على بائعه أن يبيعه عن يراه أن يقتل به ظلما، لانه قد لايقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع. كما أكره للرجل أن يبيع العنب عمن يراه أن يعصره خمرا أفسد عليه هذا البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجمعله خمرا أبدا، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا، إلى آخر ماقال (۱). وذهب الحنابلة إلى إبطال كل هذه العقود، وكذلك كل عقد يعين على معصية إذا ظهر القصد وإن جاز أن يزول ذلك القصد ويتبدل؛ لأنها قد اتخذت وسيلة إلى أمر غير مشروع، وماجعلها الشارع وسيلة إلى محرم، وفى تصحيحها الإعانة على المعصية، والإعانة عليها بأى طريق أمر محظور (۱). بل ربما كان الوصول إليها بطريق الحديعة والغش عليها بأى طريق أمر محظور (۱).

⁽١) إذا أظهر العاقد نيته المعظورة عند التعاقد بأن جعلها شرطا في العقد فسد العقد وبطل، كما إذا باعه هذا العنب على أن يعصره خمرا وقبل المشترى ذلك ا.هـ روض (ج٢ ص٢٣٦).

⁽٢) راجع الأم فج٣ ص١٦٥.

⁽٣) رمن هذه العقود: زواج المحلل وبيع العينة، فزواج المحلل أن يتزوج شـخص مطلقة غيره ثلاثا لبحلها له، فإنها بالطلقة الثالثة كانت قد حرمت على مطلقـها لايجوز له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره ودخل بها ثم فارقها، فإذا ما أقدم ذلك الشخص على زواجها لا لتدوم العشرة بينهما ولكن ليطلقها بعد دخوله بها حتى تعود إلى زرجها الأول بعد انقضاء عدتها لم يكن ذلك قناصدا مايحل له شرعا. لأن الزواج لم يشرع مؤقتا، ولم يشرع لمتعــة لا يراد بها إلا تحقيق هوى لشخص أخر من إعــادة مطلقته إليه، ولا ليكون حيلة يحـــــــــــال بها على رفع تحريم، فإذا ماقصد ذلك الشخص هذا نقد قبصد خلاف مباشرع له الزواج. ولم يكن في الواقع متزوجًا، وإنما كـان كالنيس المستعار، كـما يقولون. وبيع العينة ـ أي السلف ـ هو أن ينخـذ البيع وسبلة إلى اقتراض مبلغ بأكثر منه، وإن شنت قلت إلى معـاملة ربوية محرمة، وقد يكون خاليا من الواسطة، وذلك كأن يشترى شخص من آخر عبنا من الاعيان بالفي جنيه مـؤجلة إلى سنة ثم يبيعها له في الحال ـ قبل أن يؤدي ما اتفقـا عليه من الشمن ـ بثمن حال مـقداره ١٦٠٠ جنيه مـثلا، سواه أحـصـل ذلك قبل تسلم العـين أم بعد تسلمها. فإن نتيجة هذا البيع أن المشترى قد حصل على ١٦٠٠ جنيه ليدفعها بعد سنة ٢٠٠٠ جنيه، وماشرع البيع لمثل هذا، وقعد يكون بواسطة كأن تتم الصفيقة السابقة على الصورة الآتية: فيشتري العين الراغب في القرض بألفى جنيه مؤجله إلى سنة، ثم بيعها لشخص ثالث بثمن حال مقداره ١٦٠٠ جنيه. ثم يبيعها ذلك الشخص النالث لبانعها الأول بهذا الثمن حالاً، وكانت التنيجـة أن العين ردت إليه. وأنه قد دفع في الواقع ١٦٠٠ جنيه لترد إليه بعد سنة ٢٠٠٠ جنيه. وقد اختــلف الفقهاء في حكم زواج المحلل. فذهب كــثير من الفقسهاء إلى أنه صحبح مادام خالبًا من الفاظ تدل على توفيته وعلى أنه إنما أنشئ لذلك الغسرض، فإن =

أشد نكرا من الوصول إليها بطريق ظاهر علني إذ يمكن حينئذ ملافاته (١).

= لم يخل من ذلك كان تزوجها على أن يحلها للأول كان قاسدا عند بعضهم، ومنهم أبو يوسف؛ لأنه فى معنى الزواج المؤقت. وروى عن محمد أنه يصح ولكن لايفيد حلها للأول، معاملة للزوجين بنقيض قصدهما زجرا وعقابا، لمخالفتهما أصر الشارع، وذهب أبو حنيفة إلى أنه فى هذه الحال نكاح صحيح، ولكنه مكروه، أما صحته فمرجعها أن النكاح لانفسده الشروط الفاسدة وهذا نكاح بشرط قاسد، وسيأتى بيان ذلك فبترتب عليه الحل، وأما كراهته فللنص عليها فى السنة قراجم ابن عابدين.

وكذلك قالوا في بيع العينة _ إذا كان بالواسطة _ أنه بيع صحيح لسلامة عبارته، ولا اعتبار بالنوايا لعدم وجود الفاظ تدل عليها. وكذلك الحكم إذا خيلا من الواسطة عند الشافعي رحمه الله تعالى. لانه كالبيع لشخص ثالث في هذه الحالة بأقل من ثمنه، وذلك جائز لشبوت الملك للمشترى وصيرورته به أهلا لأن يتصرف فيه وبيعه لمن يريد، وذهب أبو حنيقة ومالك وأحمد إلى أنه عند خلوه من الواسطة يكون بيعا فاسدا، لورود النهي عنه، فقد روى أحمد بن حنيل فأن أم ولد زيد بن أرقم دخلت على عائشة _ رضى الله عنها _ فقالت لها: إنى بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيشة واشتريته منه بستمائة نقدا. فقالت عائشة: أبلغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله بين إلا أن تتوب، بئس ما اشتريت وبئس ما شريت، وذلك لان الثمن لايدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه بدله وهو ملكه الذي كان له، وبني له مع ذلك بعض ذلك الثمن فهو ربح حصل له لا على ضمائه في غير مشابل فلا يحل به، ويرى الحنابلة بطلان هذين العقدين لما بينا.

(۱) وأما المالكية فيقد وقفوا موقيفا وسطا بين الرأيين فلم يروا بطلان هذه العقود كما رأى الحنابلة، ولكنهم رأوا أن يجعلوها عقوما صحيحة، ولكنهم لايجوزون أن تبقى آثارها بل يجبر المشترى مثلا على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه حتى لايتخذه وسيلة إلى معصية. قال في منح الجليل: ويمنع بيع آلة الحرب للحربيين من سلاح وكراع وسروج ونحوها. كنحاس وخياه وآلة سفر، ويجبرون على بيعه إن وقع، ويمنع بيع الدار لمن يريد أن يتخذها كنية والخشب لمن يربد أن يتخذه صليبا والعنب لمن يعصره خمرا، كما يمنع بيع جارية لاهل الفساد الذين لاغيرة لهم . ا. هـ ٢٥٠ مـ ١٤٥٤.

خلاصة الباب

علمنا مما سبق أن العقد نتيجة إرادة، وعبارة دالة عليها؛ وأن الإرادة وحدها _ وإن كانت أساس إنشاء العقود _ لاتغنى فى ذلك شيئا، لأنها أسر باطنى لايصلح أساسا تبنى عليه معاملات الناس، وعلى ذلك فلا ينشأ الوقف مثلا بإرادة جازمة قامت بنفس الواقف على أنه قد وقف أرضه على الفقراء من غير أن يتلفظ بذلك.

وكذلك العبارة لاتغنى وحدها فى إنشاء العقود، فإذا لم يكن وراءها إرادة لم ينشأ بها عقد، ومع ذلك فالعبارة إذا صدرت لم تخرج عن حال من الحالات الآتية:

الأولى ـ أن تصدر من غير قصد إلى أنها سبب شرعى تشرتب عليه آثاره الشرعية كأن تصدر من غير قصد أصلا، كما في عبارة المجنون والنائم، وما في حكمهما، وكما في عبارة السكران بغير محظور، فمن العلماء من طرد الحكم فيه، ومنهم من أخف بعبارته زجرا له وتغليظا عليه، أو أن تصدر مع القصد إلى التلفظ بها لا باعتبارها سببا شرعيا منشئا للعقد، كما في عبارة شخص لقنها دون أن يفهمها، وكما في عبارة المدرسين والقارئين. فعبارة هؤلاء جميعا حركات لسانية لاينشأ بها عقد.

الثانية ـ أن تصدر مع القصد إلى أنها سبب شرعى تترتب عليه آثار شرعية، ولكن من غير إرادة تلك الآثار، كما في عبارة الهازل، وكسما في عبارة المكره. أما عبارة الهازل فالجمهور على أنها لاتنشئ عقدا لعدم الإرادة المصاحبة لها، وذلك فيما عدا خمسة عقود جاء النص بها، وهي الطلاق والنكاح والرجعة والعتق واليمين، واعتمدها الشافعي في أحد قوليه في كل العقود. لوجود قصد الهازل إلى النطق بها واختياره. وإذا كان لم يرد منها آثارها فذلك مردود عليه؛ لأنه يريد بذلك تغيير المشروع، وهو لايملكه. وأما عبارة المكره، فقد ألغاها كذلك بعض العلماء في جميع العقود، واعتمدها بعضهم في العقود الخمسة السالفة الذكر، لورود النص بصحتها مع الهزل. وإذا صحت مع الهزل صحت مع الإكراه لاشتراكهنما في عدم القصد إلى آثارها.

الثالثة .. أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى آثارها، وحينئذ ينشأ العقد لتوافر الإرادة والعبارة، غير أن الإرادة قد تتضمن الرغبة إلى أن يجعل العقد مع ذلك طريقا إلى أمر محرم يحرمه الشارع، وفي هذه الحال إذا تضمنت العبارة مايدل على هذه الرغبة فسد العقد. أما إذا لم تتضمن ذلك فرأى العلماء حينئذ مختلف، فمنهم من أفسد العقد لوجود هذه النية كالحنابلة، ومنهم من وقف عند ظاهر العبارة، ولم يتعدها إلى النوايا فجعل العقد صحيحا لصحة عبارته، وهم الشافعية والحنفية وثمة تفصيل لايتسع المقام لذكره.

باب تأثير إرادة العاقد فى إنشاء العقود وزحديد آثارها

كان التعاقد معروفا عند العرب قبل الإسلام، وكان يتناول أكثر الشئون التي تناولها بعد الإسلام، إن لم يكن قد تناولها جميعًا. فكانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية، من بيع وإجارة واستصناع ونحوها، ويعرفون عقود التوثيق «التأمينات» من رهن وكفالة وحوالة، ويعرفون عقود النكاح والهبة والوصية والعارية وغيرها من العقود التي جاء الإسلام فأقرها على الجملة، حين وجد الناس يتعاملون بها، ويرتبون عليها مقتضياتها وآثارها التي تواضعوا عليها وهم في حاجة إليها. ومانظن أن الإسلام جاءهم بتـصرف لم يكن معروفا في الجملة قبله، وعلى هذا فقد وجدت العقود قبل الإسلام وكانت لها آثارها وأحكام تواضع الناس عليها؛ لأنها إرادتهم التي أعلنوها بأقوالهم، وغايتهم مِن تعاقدهم، وحاجتهم التي دفعتهم إليه، فرتبوها عليه، وجرى العرف بها، وأصبحت بسبب ذلك نتائج عرفية لعقودهم يلزمهم بها العرف ويوجبها عليهم الخلق ونظام المعيشة، ثم جاء الإسلام فأقر منها ماكان صالحا، وكمل ماكان ناقصا، وحرم ما كان ضارا، وبين لها الحدود، وفيصل لها الأحكام، فأقر كثيرا من عقود المعارضات المالية، كالبيع والإجارة وغيرها، وحرم منها أنواعا أخرى، لما تحويه من الخداع والغرر، وأقر عقد الزواج وحرم منه أنواعا تؤدي إلى امتهان المرأة أو قطيعة القربي، وكذلك حرم كل عقد مالى دخله الربا وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا أصلح المعاملة والتعاقد، وبناهما على الرضا. قال تعالى في سورة النساء ٢٩ ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقال تعالى في سورة النساء ٤ ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنينا مرينا ﴾ ثم أوجب الوفاء به، قال تعالى في سورة المائدة ١ ﴿ يأيها الذين آمنوا أوقوا بالعقود﴾ وفصل أنواعه وأحكامه وشروطه، فكانت العقود بسبب ذلك أسبابا شرعية، أى أن الشارع أقرها وجعلها سببا لوجوب آثارها التي بينها وحددها تفصيلا أو إجمالا.

ومن هذا تتبين أن العـقود إنما شرعت للحاجة والمصلحـة لا لمحض العبادة، وأنها تنشـأ وتوجد بإرادة العاقـد الظاهرة، وأن آثارها تتحـدد كذلك بتلك الإرادة • بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع.

فأما أنها شرعت للحاجة والمصلحة لا للتقرب والعبادة فذلك مايدل عليه وجودها قبل الشرع، ومايتفق مع طبيعتها، وما يقتضيه إقرار الشرع لها على وجه جعلها كفيلة بأن تحقق للناس مصالحهم، وتوفر لهم رغائبهم وحاجاتهم. ثم لاتكون مع ذلك سببا في غشهم أو الإضرار بهم، وهذا ماتفيده نصوص الشريعة إجمالا وتفصيلا، ومقتضى ذلك أن تترك الحرية للناس في أن ينشئوا من العقود ماتدعوهم الحاجة إلى إنشائه، وإن لم يكن معروفا لهم من قبل، متى كان في مصلحتهم، ولايتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية، وعندئذ يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوقوا بالعقود ﴾ وقوله تعالى في سورة الإسراء: فوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوقوا بالعقود ﴾ وقوله تعالى في سورة الإسراء: في أهل الظاهر، فقالوا: لا يجوز إحداث عقد لم يرد به الإسلام؛ لأننا إن أحدثنا في ولم نجعله ملزما لم يكن عهدا ولا عقدا، وإن ألزمنا به أنفسنا، فقد أحدثنا في الدين ما ليس منه، وذلك بأن أوجبنا على أنفسنا ما لم يوجبه الله علينا في شرعه، ولا إيجاب إلا من الله تعالى.

وفى رأيى أن هذا استدلال لا يغيد؛ لأن الله قد أمرنا بأن نوفى بالعقود على وجه العموم ولم يحصرها. فوجب الوفاء بكل عقد إلا ماحرم الله. والحق ماذهب إليه الآخرون من إطلاق الحرية للناس فى إحداث مايحتاجون إليه من العقود بشرط ألا يتجاوزوا بها حدود الله. غير أن عدم مجاوزة الحدود شرط لا يخلو من مرونة، فإن هذه الحدود ليست محل اتفاق بين العلماء، فإن منهم من وسع، ومنهم من ضيق. ويرى ابن تيمية أن كثيرا من أصول الحنفية والشافعية تميل إلى الحظر والتضييق، وإليه كذلك يميل بعض أصحاب أحمد ومالك، بدليل ماقد يعللون به بعض العقود التى رأوا بطلانها بأنها عقود لم يرد بها أثر ولم يصح لها قياس، وفى رأيى أن الناس إذا احتاجوا إلى إحداث التزام لايتناوله عقد من العقود المعرفة ولم يكن فى المعاملة به تجازو لحد شرعى، فليس فى الدين مايمنع منه، وليس لمن رأى الحظر فى ذلك دليل شرعى صحيح.

وأما أنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد التي يظهرها بعبارته أو مايقوم مقامها، فمبناه ما للعاقد شرعا من حرية التصرف فيما يسملك، وأن ليس لأحد عليه فى ذلك ولاية حجر أو منع، وما العقد في جميع حالاته إلا ضرب من تصرف الإنسان في ملكه نافذ بحكم الإنسان في ملكه نافذ بحكم الشارع، فإذا ماعقد العقد نشأ وانعقد وترتب عليه آثاره؛ لأن ذلك هو معنى نفاذه.

وأما أن آثارها تـتحدد كـذلك بهذه الإرادة بشـرط ألا تتجـاوز الحدود التى حددها الشارع، فبيان ذلك في تقرير مايأتي:

راً): أن العقود ليست من الأسباب العقلية التي تترتب عليها آثارها ترتبا لازما بمقتضى العقل، وإنما هي أسباب جعلية شرعية، بمعنى أن الشارع جعلها كذلك أو أقر مادرج عليه الناس من اعتبارها أسبابا لآثار معينة محددة أرادها الناس منها ثم بينها الشارع وفصلها، فجعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فللبيع مثلا آثار خاصة به، وللإجارة كذلك آثار لازمة لها وهكذا، وآثار كل عقد تسمى بحكمه، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه أو الغاية المقصودة من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة، يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها حتى لاتؤدى بهم إلى نزاع، ولا ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لايتخذوها وسيلة وطريقا إلى اقتراف مانهى الله عنه، وليس هذا محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامي.

(ب) أن آثار كل عقد تترتب على إنشائه بتمام الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ذكرها عند العقد تفصيلا أو إجمالا، وذلك مع ملاحظة استثناء العقود التى تحتاج إلى القبض في تمامها كعقد الهبة فإنها لاتستتبع جميع آثارها إلا بعد الإيجاب والقبول والقبض ـ كما سيأتى ـ وعلى ذلك فإذا قال البائع: بعت كتابى هذا بعشرة قروش. وقال المشترى: قبلت. ترتبت آثار هذا العقد بمجرد الانتهاء من صيغته، فيصير الكتاب ملكا للمشترى، ويجب على البائع تسليمه عند أداء الثمن، ويبت للبائع الشمن في ذمة المشترى، ويجب على المشترى أداؤه إلى البائع قبل تسليم الكتاب، إلى غير ذلك من الآثار التي سنينها في كلامنا على البيع؛ ذلك لأن هذه الآثار هي الدوافع إلى العقد في العادة، وما أقدم عليه العاقدان إلا من أجل

تحقيقها، ولذا كانت بحكم الأمر الواقع مرادة ومطلوبة لهما من العقد، وكانت إرادة العقد إرادة لها وإن لم ينصا عليها عند عقد العقد، وترتب آثار العقود على تمامها ليس عقليا بل شرعيا كما ذكرنا، ومعنى ذلك أنها لاتتخلف عن تمامها في نظر الشارع، ولا نعلم خلافا لأحد في هذا أيضا.

(ج) وإذا كانت آثار كل عقد معروفة محصورة فقد تكون على وفق حاجة عاقده وغرضه منه، وقد لاتكون كذلك، فإن كانت على وفق حاجته منه لم يحتج في عقده إلى اشتراط شرط فيه ينقص من آثاره أو يزيد فيها، وإن كانت على خلاف ذلك احتاج إلى أن يشترط فيه ما يحقق له غرضه، وعندئذ قد يكون تحقيق غرضه في أن ينقص بعض آثار العقد فيشترط عند إنشائه مايريد من نقص كأن يبيع إنسان داره على أن يسكنها شهرا قبل تسليمها في اشتراط هذا الشرط نقص بالنسبة إلى المشترى، وقد يكون في أن يزيد فيها فيشترط مايبغي من زيادة كأن يشترى إنسان نخلا على أن تكون له ثمرتها الموجودة المؤبرة، وقد يكون في الأمرين جميعا فيحتاج إلى أن يشترط فيها ما يفيد ذلك من الشروط كأن تتزوج الرأة شخصا على ألا يسافر بها وألا يتنزوج عليها، فإن عدم السفر نقص من آثار الزواج بالنسبة إليه والشرط الآخر زيادة في آثاره بالنسبة إليها.

ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم فى تعاقدهم لاتنتهى عند الحدود المقبولة وكانت شروطهم تابعة لرغباتهم رأى الشارع ألا يترك الأمر فوضى فحدد لهذه الشروط الحدود التى يجب أن تنتهى عندها ولا تتجاوزها، فإذا تجاوزتها أصبحت باطلة غير مستحقة لمن اشترطها ولا ملزمة لمن قبلها، وقد يتجاوزها هذا الحكم إلى العقود التى تضمنتها. وذلك لكيلا يندفع الناس فى شروطهم بدافع أهوائهم إلى ما حرمه الله عليهم من غرر أو غش أو أكل مال بالباطل أو إبطال حق ونحو ذلك عما يؤدى إلى مفسدة أو مضرة.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في استنباط هذه الحدود وبيانها فتعددت بسبب ذلك مذاهبهم في الاشتراط واختلفت توسعة على الناس وتضييقا عليهم، فكان أضيقها مجالا مذهب أهل الظاهر وأوسعها مذهب الحنابلة، وفيما بينهما مذاهب الأخرين، وهاك بيان بعض المذاهب:

(١) مذهب أهل الظاهر: ذهب أهل الظاهر إلى أنه لايصح لعاقد شرط إلا

إذا ورد به الشرع، وكل شرط لسم يرد به كتاب ولا سنة فهو باطل يبطل به العقد الذى اشترط فيه؛ لأن الرضا به قد قرن بذلك الشرط فإذا بطل الشرط ذال الرضا، وإذا زال الرضا بطل العقد؛ لأنه أساس العقود. وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم لم يصححوا شروطا وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو غير ثابتة. وهذا الرأى لايصلح عليه أمر الناس فقد حصروا الشروط التي يجوز اشتراطها في عقد البيع في سبعة، وهيهات أن يفي ذلك بحاجات الناس (1).

(٢) مذهب الحنفية (٢) : وقد ذهب الحنفية إلى قسمة الشرط الذي يقترن به العقد ثلاثة أقسام: شرط صحيح، وشرط فاسد، وشرط باطل.

(۱) وقد ذكروا من هذه السبعة أن يشترى الإنسان سلعة على أن يكون ثمنها مؤجلا إلى مبسرته، لأن الكتاب قد جاء به، قال تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وقد ذهب الجمهور إلى أن هذا شرط فاسد، لانه يؤدى إلى غيرر نقد يوسر سريعا فيقول المشترى ماظنت ذلك قريبا فزدت فى الثمن لأجل ذلك فغينت وقدرت، وقد يبطئ يساره فيقول البائع ماتوقعت ذلك ولم ألاحظه فى الثمن فغينت وقمرت. راجع فتاوى ابن تيمية وج١١ والمحلى لابن حزم ٩٨ ص٤١٢.

(۲) ومذهب الشافعية يقارب في الأساس والتطبيق مذهب الحنفية إلا أنه أشد تضييقا على الناس فإنهم ينوعون الشرط إلى شرط يكون في اشتراطه غرض. فإن ينوعون الشرط إلى شرط يكون في اشتراطه غرض. فإن لم يكن في المتراطه غرض كان شرطا لاغيا؛ لأن اشتراطه لعب، فلا يلزم ولا يؤثر في العقد، وهذا محل اتفاق عند الجمهور. وإن كان فيه غرض عادة نظر فيه، فإن كان من مصلحة العقد المشترط فيه صع ولزم، سواه اكان نفعه لاحد العاقدين أم لهما معاء ومن هذا النوع صايشترط لبيان أحد العوضين في عقود المعاوضة ككون الأرض المبيعة ذات مصاوف ومراوى، أو لتوثيق أحد العوضين كاشتراط كفيل أو رهن عند تأجيل الثين، أو للاستيثاق من كمال الرضاكما في شرط الخيار، أو للترفيه على أحد العاقدين في الوفاء بما النزمه بالعقد كما في اشتراط ما ينافي مقتصى العقد كما في شخص امرأة على ألا ينفق عليها أو على أن تنفق عليه هي، أو تزوجته على ألا ينقلها من منزلها، أو باع شخص سلعة لأخر على ألا يبيعها لاحد، وجعلوا من ذلك أيضا استناه منفعة من منافع المبيع عند بيعه كما إذا باع إنسان داره لأخر على أن يسكنها شهرا قبل من ذلك أيضا استناه منفعة من منافع المبيع عند بيعه كما إذا باع إنسان داره لأخر على أن يسكنها شهرا قبل يمكن أن يتوسع في معناها إلى درجة تسع كل مايشترطه العاقدون من شروط لانهم لايشترطون شرطا إلا إذا يمكن أن يتوسع في معناها إلى درجة تسع كل مايشترطه العاقدون من شروط لانهم لايشترطون شرطا إلا إذا استئاه منفعة من منافع المبيم من مصلحة العقد كي يتم وينشأ ثم لماذا لايكون اشتراط استئاه منفعة من منافع المبيم من مصلحة عقد البيم إذا كان البائع لا يبيع إلا على هذا؟

وقد ذهب الشيخ زكريا الأنصارى فى رفع هذا الإبهام إلى أن الشرط إذا كان يؤدى إلى بقاء صلة بين المعاقدين بعد تمام العقد لايكون من مصلحة العقد اشتراطه لأنه قد يسبب نزاعا بينهما يقضى إلى فسخه، وإن لم يؤد إلى ذلك كان من مصلحة العقد وصح عند ذلك اشتراطه بخلاف الحالة الأولى. وأرى أن هذا لايفيد؛ لان كثيرا من الشروط التى نص الشافعية على صحة اشتراطها قد يترتب عليها بقاء صلة بين العاقدين كما فى اشتراط إعطاء رمن بالشمن عند تأجيله، إذ لاشك أنه يؤدى إلى بقاء صلة بين العاقدين وهو ارتباط الرهن، وقد يكون مشار نزاع فى مقداره أو فى البد عليه. راجع أسنى المطالب على روض الطالب، ونهاية المحتاج، ونتاوى ابن تيمية من الجزء الناك.

فالصحيح ماكان مقتضى للعقد أو مؤكدا لمقتضاه أو جاء به عرف، وهو بهذا المعنى يتناول تعريف الشافعية له: بأنه ماكان في مصلحة العقد وفي اشتراطه غرض عادة.

واشتراط هذا الشرط ملزم والعقد معه صحيح ولانعلم فيه خلافا لأحد إلا أهل الظاهر، غير أنه إذا كان مقتضى للعقد فاشتراطه كعدمه؛ لأنه واجب على كل حال إما بالعقد وإما بالشرط، ومثاله اشتراط الرد عند العيب، وتسليم الثمن قبل تسليم المبيع في عقد البيع، وإنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، وإحسان معاشرتها في عقد الزواج، ونحو ذلك.

واشتراط مايؤكد مقتضى العقد، أو بعبارة أخرى ما يكمله كاشتراط دفع الثمن حالا فى البيع، وتقديم كفيل أو رهن بالثمن (١) عند تأجيله، واشتراط وصف مرغوب فيه فى البيع كأن يكون للأرض المبيعة مصرف أو مروى، واشتراط اتصال الدار بالمصارف العامة، فكل هذه الشروط صحيحة ملزمة يصح معها العقد؛ لأن اشتراطها مؤكد لمقتضى العقد ومكمل له، فدفع الثمن حالا وتوثيق الثمن عند تأجيله بالرهن أو بالكفالة مؤكد لوجوب الشمن وأدائه، واشتراط تلك الأوصاف مرغب فى العقد ومحقق لرغبات العامد ورضاه بالعقد.

واشتراط ماورد به الشرع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة واشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه وهو شرط صحيح لورود الشرع به، وإن كان مخالفا لمقتضى العقد.

واشتراط ماجرى به العرف كاشتراط المشترى على البائع أن يتوم على إصلاح ما اشتراه من آلة أو سيارة أو ساعة مدة معلومة، وهو صحيح أيضا لأن جريان العرف به أبعد عنه النزاع والغرر.

والشرط الفاسد: ما لم يتوافر فيه ماقدمناه من الأوصاف في الشرط

⁽۱) إنما يصح شرط الرهن إذا كان الرهن معلوما وأعطى فى مجلس العقد، فإن كان مجهولا كان شرطا باسدا؛ لانه يؤدي إلى نزاع أو غرو. واشتراط الكفيل صحيح إذا كان حاضرا فى مجلس الصقد أو كان غائبا ثم حضر قبل افتراق العاقدين وكفل فى الحالين، أما إذا كان غائبا وكفل حين علم أو لم يكفل كان الشرط فاسدا؛ لانه يؤدى إلى نزاع. راجع قاضيخان فى باب الشروط من كتاب البيع.

الصحيح ولكنه يحقق منفعة لأحد العاقدين أو لإنسان آخر غيرهما كمن يبيع دابة ويشترط لنفسه أن تحمله إلى منزله، أو يبيع دارا ويشترط لنفسه ألا يسلمها إلا بعد شهر يسكنها فيه (١) وكأن تشترط امرأة على زوجها في عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها، وكأن يشترى ثوبا على أن يخيطه له البائع، أو يبيع أرضا لإنسان على أن يؤجرها فلان مدة كذا كل سنة بكذا، وهكذا كل شرط يخالف مقتضى العقد، ويحقق منفعة لأحد العاقدين. وهذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد معاوضة مالية أفسده وفسد معه كالبيع والقسمة والصلح عن مال والإجارة والمزارعة والمساقاة والإبراء من الدين، ويلحق بهذه العقود الرجعة كما قالوا (٢).

والسبب فى فساد العقد باشتراطه أنه يتنافى مع مقتضاه، فإذا طالب مشترطه بتحقيقه بناء على الاشتراط امتنع الآخر من ذلك بناء على العقد ومقتضاه، وهذا نزاع رأى الشارع أن يجنب عقود المال إياه فجعل العقد فاسدا بما اشترط فيه. أما بيان مايترتب على العقد الفاسد من أثر فموضعه فى الكلام على أحكام العقود تفصيلا.

وإذا اقترن هذا النوع من الشروط بعقد ليس معاوضة لم يؤثر في العقد، في معاوضة لم يؤثر في العقد، فيصح العقد ويلغو الشرط خلافا لابن شبرمة (٦)، إذ ذهب إلى صحة الشرط والعقد، لافرق بين عقد معاوضة وعقد آخر «راجع فتاوى قاضيخان من باب الشروط في البيع».

⁽۱) اشتراط استشناه منفعة من منافع المبيع في عقد البيع شرط فاسد عند الحنفية وكأن حديث جابر رضى الله عنه لم يصح عندهم أو نسخ بحديث آخر كحديث النهى عن بيع الثنيا أو النهى عن بيع وشرط. فمقد روى البخارى أن جابرا رضى الله عنه باع النبى تَعَلِيْهُ جملا واشترط حملاته إلى أهله وأقره النبى على ذلك ونقده الثمن. راجم سبل السلام وج٣ ص٣٥.

⁽۲) والفائل بذلك جماعة منهم صلحب الكنز وصاحب جامع الفصولين وصاحب النهر وغيرهم وخالفهم آخرون ومنهم صاحب البحر فيقال إن الرجعة لايفسدها اقترائها بالشرط الفاسد ومن ذهب إلى غير ذلك فقد أخطأ، وأيد ذلك بنقول نقلها ويأنها استدامة النكاح فيكون حكمها كحكمه ويأنها تصح مع الإكراه والهزل والخطأ، وقد ذكروا أن مايصح مع الهزل لايفسنده اقترائه بالشرط الفاسد إلى آخر ماذكر. راجع البحر وحاشيته هج ٢ ص١٩٦، ورد المحتار سج ٤ ص ٣٥٠، وإنى أميل إلى ماذكره صاحب البحر إذ لافرق بين النكاح والرجعة من ناحية الاثر فالواجب أن يكون حكمهما واحدا عند الاقتران بالشرط.

⁽٣) هو عبدالله بـن شبرمة أبو شبـرمة «بضم وسكون فضم» الكوفى قاضى الكوفـة، كان فقيـها أديبا دينا حـن الخلق قليل الحديث، توفى سنة ١٤٤ هـ، روى عن أنس وأبى الطفيل وروى عنه شعبة والسفيانان وابن المبارك وغيرهم. تقريب التهذيب وخلاصة التهذيب.

وعلى رأى الحنفية لايؤثر الشرط الفاسد في عقود التبرع كالهبة والصدقة والقرض والوصية والعارية، ولا في عقود التوثيق، كالرهن والكفالة والحوالة، ولا في النكاح والطلاق والخلع، ولا في الشركة والمضاربة والوصاية، ولا في الإقالة الما فيها من معنى الفسخ، ولا في الصلح عن دم العمد والإذن بالتجمارة، فهذه العقود كلها تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط. «راجع الفتاوى الهندية ج؟ صحوري» (۱).

وإنما لم يؤثر فيها هذا النوع من الشروط مع بطلانه إذا اشترط فيها؛ لأنها لما خلت من معنى المعاوضة لم يكن هذا الشرط فيها أساسا لموازنة بين عوضين، وإنما وقع فيها على أنه تكليف وفرض من مشترطه، وهو تكليف غير مشروع فيبطل ولايلزم، ويصح العقد لذلك، بخلاف عقد المعاوضة، فإن الشرط فيه أساس لتحقق الرضا، فإذا لغا بطل الرضا وفسد العقد بناء على ذلك.

والشرط الباطل: هو ما لم يتوافر فيه ماذكرنا في الشرط الصحيح والشرط الفاسد، فهو شرط ليس مقتضى للعقد ولا مؤكدا له. ولم يجىء به شرع، ولم يجى وليس فيه منفعة لأحد واشتراطه كعدمه، إذ لاغرض فيه ولا مطالب به فيبطل، ولايؤثر اشتراطه في صحة العقد، سواء أكان معاوضة أم لا؛ لأن اشتراطه أشبه باللعب منه بالجد. ومثاله أن يبيع شخص سيارة على ألا يركبها أحد ساعة معينة من الزمن، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد. وراجع النتاوي الهندية، والدر المختار، والبحر، وفتاوي ابن تيمية ج٣٠.

(٣) مذهب المالكية والحنابلة: توسع المالكية والحنابلة في جواز الاشتراط

⁽۱) ذهب ابن أبى ليلى إلى أن الشرط الفاسد إذا ما شرط فى عقد من العقود كان باطلا ولايؤثر فى العقد فيصح العبقد ويلغو الشرط لافرق بين عقد معاوضة وآخير. واستدل على ذلك بحديث بريرة فيقد ورد أنها طلبت من السيدة عائشة رضى الله عنها أن تعينها فى بدل كتابتها، فقالت لها عائشة : إن أحب أهلك أن أعده لهم على أن يكون ولاؤك لى فعلت، فأبوا عليها ذلك، فرجعت بريرة إلى عائشة وإلى رسول الله بين فأخبرتهما فقال عليه الصلاة والسلام لعائشة : وخذيها واشترطى لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، فنعلت عائشة ذلك، ثم قام رسول الله بين في الناس فقال: «مابال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فيوباطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن اعتقه. فكان شراء عائشة لبريرة على هذا الشرط صحيحا والشرط باطلا.

فأجازوا من الشروط ما لم يجزه غيـرهم وكان الحنابلة أكثر توسعة على الناس (١) لأن مجال الشروط الصحيحة عندهم أوسع فيصححون كل ما للعقد مصلحة في

(١) قسم المالكية الشسرط قسمين: شرط يقتضمه العقد وشرط لايقتسضيه فالأول اشتراطه كسعدمه، والثاني نوعان: أحدهما ـ الشرط الذي لايناني منقتضي العنقد ولا يؤدي إلى الإخلال بشسرط من شروط صحبته. والثاني الشرط المنافي لتتسضى العقدأو المؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحت. فالأول شرط صحيح، اشتراطه ملزم والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد، وذلك لأن فيه مصلحة لمشترطه وهو لا يؤدي إلى محظور وقد تم العقد عليه، ومن أمثلته : اشتراط التأجيل إلى أجل معين، واشتراط التوثيق عند ذلك برهن أو كفيل، واشتراط وصف معين ممكن التحقق في أحد العوضين واشتراط استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، واشتراط عمل من البائع في المبيع، كأن يحمله إلى مكان كذا أو كأن يخيطه ثوبا، ومن ذلك ان يبيع شخص إحدى داريه المسجاورتين فيشترط على المشترى ألا يرفع بناء على الجدار الفاصل بينهما يمنع البواء أو الشمس عن داره الأخسري. وإذا شرط هذا النوع من الشروط في عقد الزواج كــان اشتراطه مكروها ويستحب الوفاء به ولايجب. وإذا كان الشــرط من قبل الزوجة فلــم يف به الزوج لم تستحق عليــه الزوجة بسبب ماقد يكون نقصه من مهرها لأجل هذا الشرط، إلا أن يكون ذلك في معاوضة مستقلة عن عقد الزواج انشاها بعد تمامه، ومن أمثلة ذلك: أن تشترط في عقبد الزواج عدم التزوج عبليها أو عبدم إخراجيها من منزلها. ومرجع التفسرقة بين عقد الزواج وغيره من العسقود أن الشرط في الزواج يعتبر من قبسيل الترفيه وليس أساسا للرضا. وفي غيــره يعتبر أساسا للرضا بالعقد فيلزم. أقــول: لا يظهر لمي من كلام المالكية ماذا يريدون بمنتضى العقد فسإن أرادوا به أثره وحكمه لم يظهر لنا كيف لايعدون استثناه منفعة من منافع المبسيع منافيا لعقد البيع في حين أنه يتنضى تمليك المبيع بجميع منافسعه من وقت العقد. ولعلهم قد بنوا صحة اشتراط ذلك على حديث جمابر المتقدم استشاء من الأصل فأخذوا منه صحمة استثناء منفعة من منافع البيع إذا كان استثناؤها

والثاني: شرطَ غير صحيح غير أنه إن أدى اشتراطه إلى الإخــلال بشرط من شروط صحة العقد كان موجبا لبطلان العقد المشترط فيه وآم يكن للعاقدين خبار في إمضائه؛ لأنه شرط يحل ماحرمه الله، وذلك كأن يكون الشرط مؤديـًا إلى جهالة توجب نزاعا كاشتراط دفع الثمن عند الميــرة، واشتراط الحـيار مدة غير مـعلومة، واشتراط دفع ثمن الارض المبيعة من أثمان ما تنتجه من الثمرات في مدة معينة. وكأن يكون مؤديا إلى الوقوع في المحسرم كاشستراط المرتبين أن ينتسفع بالرهن مسادام تحت يده؛ لأن هذا من الربا، وهكذا من الشسروط التي

يترتب عليها فوات مايلزم في العقد من الشروط.

وإن كان منافيا لمتتضى العمقد كأن يتسبب عنه الحجر على أحد العاقدين فيمــا يملكه بمقتضى العقد مثل أن يشترط على المشترى ألا يبيع المبيع مدة من الزمن أو لا يؤجره لفلان أبدا أو لايهبه أو لايتفع به انتفاعا معبنا، ار يشترط عليه أن يبسيعه لفلان خاصة إذا أراد بيسعه أو أن يبيعه بنفس الثمن الذي اشستراه به، فهذا النوع من الشروط فاسد موجب لنساد العقد الذي اشترط فسيه ماتمسك به مشترطه فإن تركه صح العقد ونفذ، وفي هذا تفصيل طويل في كتاب الالتزامات للحطاب.

أتول: قد يلاحظ على بعض هذه الأمثلة المتقدمة أنها ليست إلا استثناء منفعة معينة من منافع المبيع فإن منع بيع المبيع مدة من الزمن وكذلك منع هبته وكذلك عدم الانتفاع به على شكل معين ليس إلا استثناء منفعة من منافع الَّمبيع، وقد ذكـرنا أن المالكية يجوزون استـشناء منفعة معينة من منافع المـبيع، ويجاب عن ذلك بأن هذه الشروط ليست من قسيل استثناء المنافع وإنما هي حــد للملكية، وفرق بين الأمرين. فالمنافــع التي تستثني هي المنافع التي يمكن أن يملكها مالكها لغيره بواسطة عـقد من العقود كـالسكني، إذ يمكن أنَّ تملك بالإجارة أو الإعآرة، فإذا استثنيت صح استثناؤها إذ لا فرق بينه وبين أن تملك بعقد أخر، ولكن اشتراط عدم بيع المبيع لايمكن أن يملك لاحد بعقد من العقود. ولايمكن إلا أن يكون نقـصا في الملكية وحدًا من أثرها فَكَانَ منافياً لمقتضى العقد وكان اشتراطه فاسدا مفسدا. اشتراطه كاشتراط صفة فى الثمن أو توثيقه عند تأجيله، وكاشتراط صفة فى المبيع واستثناء منفعة من منافعه فى عقد بيعه كسكنى الدار المبيعة مدة معلومة، وحملان الدابة إلى مكان معين، ويصححون كذلك اشتراط منفعة من العاقد كحمل البائع المبيع إلى مكان معين، وخياطته الثوب للمشترى، ويصححون أن تشترط الزوجة على زوجها فى عقد الزواج ألا يسافر بها، أو لاينقلها من منزلها، أو ألا ينزوج على زوجها فى عقد الزواج ألا يسافر بها، ويوجبون على الزوج الوفاء بها وإلا كان عليها؛ لأن فى هذه الشروط منفعة لها ويوجبون على الزوج الوفاء بها وإلا كان للزوجة حق فى فسخ العقد. وعلى الجملة يصح مايشترطه العاقد فى عقده إلا فى الأحوال الآتية:

الأولى. أن يكون شرطا موجبا لإنشاء عقد آخر كأن يبيع شخص لآخر الدار على أن يؤجرها لفلان. وكأن يقرضه مبلغا على أن يهبه كتابا؛ ذلك لأن رسول الله ﷺ نهى عن صفقتين في صفقة، وهذا النوع من الشروط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به (١)؛ لأنه شرط يؤدي إلى نزاع في العقد الذي تم ، فقد لايتفق المتعاقدان على إنشاء العقد المشترط فيجر ذلك إلى النزاع في العقد الآخر.

الثنانية ـ أن يشترط فى العقد ماينافى مقتضاه الشرعى (٢)، كأن يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو ألا يقفه على إنسان معين، أو أن يشترط المشترى على البائع أنه إذا باعه بأقل مما اشترى رجع عليه بالفرق. وهذا النوع من الشروط فاسد لايفسد به العقد فيسصح العقد ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذى رضيه العاقدان فيكون لغوا (٢).

⁽١) راجع الشرح الكبير وكشاف النّناع فج٣ ص٥١٥٥.

⁽۲) ذهب ابن تيمية إلى أن المراد بمنتضى العشد مقصوده الأصلى وهو الغرض الذى لاتخلو منه صورة من صور العقد، وبنى على ذلك أن كثيرا من الشروط التى يجعلها الحنابلة فاسدة لأنها تنافى مقتضى العقد شروط صحيحة، كأن يبيع شخص ارضه لآخر ويشترط عليه أن يقفها فى سبيل الله أو كأن يبهه مالا ويشترط عليه أن يسدد به دينه. أو عينا ويشترط عليه أن يوصى بها. ويرى ابن تيمية أن الملك يتوع أنواعا كثيرة بما قد يلابسه من الإطلاق والتقييد، فهناك الملك التام المطلق وهناك ملك أم الولد وهو لايقيد جواز البيع ولا يترتب عليه مبراث، وهناك الملك الرهون وغير ذلك من أنواع الملك، وكلها أنواع مختلفة الآثار. وعلى ذلك فليس مايمنع أن يكون ثبوت أى نوع من هذه الأتواع مضوضا إلى الإنسان يثبت منه مايرى مصلحته فى ثبوته، ويمتنع من إثبات ما لامصلحة له فيه، وقد قال ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالاً فكل شرط صحيح لازم إلا شرطا يراد به جعل المحرم فى ذاته حلالاً أو جعل الحلال حراما فى ذاته .

⁽٣) راجع منتهى الإرادات فيم ٢ ص١٦١٣.

الثالثة ـ أن يجمع في العقد بين شرطين لحديث الايحل شرطان في بيع القد اختلف الحنابلة في المراد بالسرطين ف ذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أي شرطين ولو كانا صحيحين، وآخرون إلى أن المراد بهما الشرطان الفاسدان، وكلا التفسرين غير ظاهر، إذ لا يظهر للنهى عن شرطين صحيحين حكمة مع شدة حاجة الناس إلى ذلك، ولامعنى للنهى عن شرطين فاسدين مع ثبوت النهى عن أحدهما (١) ولذا فهذا الموضوع غير بين.

وخير الآراء ماذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة: وهو أن كل شرط صحيح ما لم ينه عنه الشارع، إذ الأصل في العقود وفي شروطها الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس، وقد قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلا تشرطا أحل حراما أو حرم حلالا» (٢).

وأما أن العاقدين يلزمان بآثار عقدهما بإيجاب من الشارع الحكيم؛ فذلك بسبب توافر الآيات البينات على ذلك، قال تعالى في بداية سورة المائدة ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ فهذه الآية بعمومها تدل على وجوب الوفاء بكل عقد

⁽١) راجع الشرح الكبير.

⁽۲) الأصل فى الاشتراط أن يكون عند التماقد وأن يتم التعاقد عليه ولكن قد يتقدم الشرط على التماقد وقد يتأخر عنه، فإذا تقدم لم يكن له تأثير فى التعاقد، ولم يترتب عليه إلزام عند الحنفية لأن الإقدام على العقد بدون الرجوع إلى ذكره إعراض عنه. وإلى هذا ذهب الشافعية كما فى نهاية المحتاج وهو قول فى مذهب أحمد. وقال ابن عابدين فى رد المحتار: وينبغى أنه إذا تقدم الشرط العقد واتفق العاقدان على أنهما بنيا عليه العقد أصبح بذلك فى حكم الشرط المتارن كما يؤخذ ذلك من كلامهم فى بيم الهازل.

وذهب أحمد وغيره من أهل الحديث ونقهاء أهل المدينة إلى أن الشروط المتقدمة على العقد والمقاونة له سواه في الحكم فكلها تؤثر في العقد ويجب الوفاء بها إذا كانت صحيحة، وهذا هو المشهور عند الحنابلة ومايتنى مع أصولهم.

وإذا تأخر عن العقد كان كالمقارن له عند الشافعية إذا صدر قبل لزومه بأن اتفق عليه العاقدان في مجلس المعارضة قبل تضارفهما، أما إذا حصل الاشتراط بعد أن صار العقد لازما لم يلتحق بالعقد. وروى عن أبى حنيفة روايتان: رواية تقضى بأن المتأخر يلتحق بأصل العقد ويصير كالمقارن، وإن كان ذلك بعد لزومه وتمامه. ورواية تقضى بأنه لا يلتحق، وهذه هى الاصح، وهو ماذهب إليه الصاحبان ـ لأن العقد إذا وقع لازما صحيحا لم يغيرا حكمه باشتراطهما ولكن إن شاءا تفاسخاه، وسواه أكان ذلك في مسجلس العقد أم بعده. وفي جامع الفصولين: إذا تم البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالشرط على أنه وعد، ولكن يجعل لازما لحاجة الناس إلى ذلك، وبذلك أفتى الخير الرملي. راجع رد المحتار من كتاب البيع ص ١٣٥ عند قول الدر ولايصح بيع بشرط. وراجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث، وراجع جامع الفصولين وج٢ ص ١٢٤٤.

ينشئه العاقدان، فيجب عليهما الوقاء به، ويجب على الناس إلزامهما بذلك الوقاء إذا ما أراد أحدهما أن ينكث، وقد تمسك الآخر بعقده _ وقال تعالى في سورة الإسراء ٢٤ ﴿ وأوقوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ﴾، وقال تعالى في سورة الصف: ﴿ يا أيها الذيس آمنوا لم تقولون ما لاتفعلون * كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لاتفعلون *.

ولقد أكد الشارع ذلك بأساليب عديدة منها: الأمر مع النص على علته كما في بعض الآيات السابقة، ومنها عده الوفاه بالعهد من صفات المدح، كما في قوله تعالى في سورة البقرة ١٧٧: ﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾، وقوله تعالى في سورة المؤمنون ٨: ﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾ وجاءت السنة بذلك فجعلت الخلف علامة من علامات النفاق في حديث: «آية المنافق ثلاث: إذا عاهد أخلف، وإذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان، فكان هذا الواحب من آكد الواجبات.

خلاصة الباب

ماشرع التعاقد وأقر إلا لحاجة الناس إليه من حيث إنه نتيجة ضرورية لحياتهم الاجتماعية المدنية، وقد أحيط لذلك بحدود تجنبه أن يتخذ وسيلة إلى الإضرار بأحد، أو العسف بأحد؛ ولهذا كان أوجه الآراء الإسلامية أن لاحرج على الناس أن يستحدثوا من العقود ماتدعوهم إليه حاجتهم وضرورة حياتهم على ألا يتجاوزوا في ذلك الأسس الشرعية للتعاقد، وعندئذ يكون العقد واجب الإنفاذ بقوله تعالى فيا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود في وهذا خلاف لمن ذهب إلى قصص التعاقد على ما أثره الشارع دون دليل سليم يدل على رأيه.

والعقد لا يعدو أن يكون تصرفا من الإنسان فيما يملك من مال أو حق، ولذا ألزم به الإنسان عقلا؛ لأن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء كما ألزم به شرعا بالآية السابقة، وبناء على ذلك إذا تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية التي حددها الشارع وبينها له. فإن تلك الآثار وفق رغبات العاقد فيها، وإن اختلفت عن رغباته بعض الخلاف احتاج إلى التغيير فيها بما يشترطه من شروط تزيد فيها أو تنقص، غير أن هذه الرغبات لما كانت لاتقف عند الحدود المعقولة، كان من الواجب أن تحد لها الحدود منعا للفوضى والعسف، وقد اختلف العلماء في بيان هذه الحدود خلافا كبيرا نقتصر فيه على بيان رأى الخنفية والحنابلة.

رأى الحنفية: قسم الحنفية الشرط ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل. فالصحيح ما كان متتضى للعقد، أو مؤكدا لمقتضاه، أو جاء به شرع أو جرى به عرف، فإن كان متتضى للعقد فاشتراطه كعدمه؛ لأنه واجب بالعقد على أية حال، وإن كان مؤكدا لمقتضى العقد أو جاء به شرع أو جرى به عرف، كان العقد معه صحيحا والشرط لازما، مثال المؤكد اشتراط توثيق الثمن المؤجل في عقد البيع برهن حاضر أو كفيل حاضر.

ومثال ماجاء به الشرع اشتراط الخيار في عقد البيع لأحد المتعاقدين، ومثال ماجرى به العرف اشتراط قيام البائع لآلة على إصلاحها مدة معلومة من الزمن تلى العقد. والفاسد ما لم يتوافر فيه شيء مما سبق، ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لإنسان آخر سواهما، وذلك كاستثناء منفعة البيع مدة معينة من الزمن للبائع،

واشتراط المشترى للدار على بائعها أن يقوم بدهانها، أو اشتراط البائع على المشترى أن يؤجر المبيع لشخص ثالث، وهذا الشرط إن اشترط فى عقد معاوضة أفسدها كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والقسمة، وإن اشترط فى عقد توثيق أو تبرع أو فى نكاح أو طلاق على مال لم يؤثر فى العقد وصح العقد ولغا الشرط، والباطل غير ذلك وشرطه لعب، فالعقد معه صحيح والشرط باطل.

رأى الحنابلة: أن كل شرط يشترطه العاقدان شرط صحيح إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، ومن ذلك اشتراط صفقة فى أخرى لنهى النبى عَلَيْ عن صفقة كأن يبيع أرضه لشخص على أن يؤجرها له، ومثل هذا شرط مفسد للعقد، وكذلك اشتراط مايرفع العقد كاشتراط البائع على المشترى ألا يبيع لأحد، وهذا الشرط باطل لايؤثر فى العقد، فالعقد صحيح والشرط باطل.

باب اتصال آثار العقد بصغته

من العقود ماتكون صيغته كافية في ترتب آثار العقد عليها، وهذا هو الأصل في العقود، وهو متحقق في العقود التي لايتوقف تمامها على القبض. ومنها مالا تكفي صيغته في ترتب آثاره عليها، بل يحتاج معها إلى القبض لكى يتم بهما العقد، وتشرتب عليه آثاره. وهذه العقود هي (الهبة والصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض) (١) والشركة والمضاربة (٢) فلا يتم عقد من هذه العقود بمجرد الإيجاب والقبول، بل يتوقف تمامه وإفادته لآثاره على القبض (٣).

سبب توقف تمامها على القبض: أما الهبة فلحديث: «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة والصدقة نوع منها. وأما الرهن، فلقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة ﴾

(۱) توقف الهبة على القبض مذهب الحنفية والشافعية، فلا تتم الهبة ولاتفيد آثارها عندهم إلا بالقبض، سواء أثم القبض في مجلس العقد أم بعد انتهائه أم تقدم العبقد، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة كما في كشاف التناع. (وذهب المالكية إلى أن صدور صيغة الهبة يترتب عليه آثارها فيتملك الموهوب له العين الموهوبة، ويطالب الواهب أن يسلمها إليه، وهذا القول رواية في مذهب أحمد، وغاية الأمر عند المالكية أن القبض يمنع بطلان الهبة بحوت الواهب أو بإحاطة الدين به، وتفصيل ذلك يعلم من كتبهم. راجع (منح الجليل).

والصدقة نوع من اليبة وعلى ذلك فحكمها من حيث توقفها على القبض حكم الهبة. وكذلك توقف العادية على القبض مذهب الحنفية فلا يملك المستعير منفعة العاربة إلا بعد قبضها، ويرى الشافعية والحنابلة أن الإعارة من قبيل الإباحة ولا يلزم المعير أن يمضى فيها، وعلى ذلك فلا معنى لعدها من العنود عندهم إلا إذا كانوا يطلقون المقد علي مجرد الإذن. أما المالكية فالمشهور عندهم أن أثر العاربة يشرتب على صدور الصيعة؛ ولذا تلزم عندهم بمجرد القول إذا قسيدت بمدة. راجع منع الجليل. ولائتم الوديعية اتفاقيا إلا بالقبض. ولا يتم الرهن ولايئزم إلا بالقبض عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وذهب مالك إلى أنه يلزم بمجرد صدور الصيغية فيكون لصدورها أثر هو مطالبة المرتهن بتسليم العين المرهونة. ومع هذا فهو يرى أن الرهن لايتم إلا بالقبض للآية؛ ولذا لابكون للمرتبن حق امتياز على العين المرهونة. ومع هذا فهو يرى أن الرهن لايتم إلا بالقبض للآية؛ ولذا

وتوقف القرض على القبض مذهب الطرفين فلا يتم القبرض عندهما إلا بالقبض وبه يتملك المقسترض العين المعطاة وإلى هذا ذهب الشافعي، وذهب أبو يوسف إلى أن المقترض لايمتلك إلا باستهلاك العين المعطاة، وذهب أحمد إلى أنه لايلزم إلا بالقبض، ويرى مسالك أنه يلزم بمجرد القول، فإذا صدرت الصيغة كان للمستترض إجبار المترض على دفع ما اتفقا عليه من المال.

(٢) راجع الزيلعي ﴿ج} ص٢٥٧٩ من باب الوكالة.

(٣) من العقود ما يتوقف تمامه ولزومه على القبض وهي المقود المذكورة، ومنها ما تتوقف صحته على القبض ، وعلى ذلك فسلا تصح إلا إذا قبض أحد البيدلين في المجلس كالسلم فإن قبض رأس مبال السلم في المجلس شرط في صحته كما سياتي، أو إلا إذا قبض في المجلس البدلان جميعا، وذلك كما في الصرف وسيأتي. ومثله مانص عليه الحديث: «الذهب بالذهب والفضة بالقضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا سوااه بسواه يها بيده. والفرق بين الحالين أن مثلا سوااه بسواه يها بيده. والفرق بين الحالين أن النبض في هذه العقود شرط في صحنها فلابد أن يتقدمها، وفي غيرها شرط لتمامها وإلزامها فلا مانع أن يتأخر

وإلى هذا يرى أن هذه العقود كلها ماعدا الرهن عقود غير لازمة بالنسبة للمملك ولو جعلت تامة قبل القبض لاستتبع تمامها مطالبته بالتنفيذ، ولا مطالبة إلا عند الإلزام، فوجب ألا تعتبر تامة إلا بالقبض حتى يترتب عليها حكمها بعده، وتتحقق آثارها به، ولا يكون بعد ذلك للمطالبة محل.

وهذه العقود إذا حصل فيها القبض عقب الإيجاب وقبل القبول أغنى عن القبول وقام حينئذ مقامه لدلالته على الرضا، كما يغنى كذلك عنه فى غيرها من العقود الأخرى كالبيع (١).

(١) إذا كان النبض سابقا على الإيجاب لم يغن عن القبول ولكن استمراره قد يغنى عما يلزم للعقد من قبض وقد لايغني عن ذلك؛ لأن القبض نوعان: قبض ضمان وقبض أمانة. فيقبض الضميان ما استوجب ضمان التابض لما قبـضه، وذلك كقبض الغاصب وقـبض من يريد الشراء، وهو أقوى نوعى القبض. وقـبض الأمانة ما لايستوجب ضمان القابض لما يقبضه كقبض المستعير وقبض الوديع وقبض المستأجر. فإذا كان القبض السابق على الإيجاب قبض ضمان أغنى استمراره عن كل قبض يطلب للعقد فلا يحتاج إلى تجديده في أية حال. وعلى ذلك إذا اشترى الغاصب ما غصبه من مالك فإنه يدخل في ضمانه بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا ارتهنه منه تم الرهن بالإيجاب والقبول، وإذا وهبه له المالك ثبت ملكه بمجرد القبــول. أما إذا كان القبض السابق قبض أمانة فلا يقوم استمراره مقام مايطلب للعقد من قسبض إلا إذا كان القبض المطلوب أمانة، أما إذا كان المطلوب للعقد قبض ضيمان فسلا يغنى بل يجب تجديد القبض إذ لايقموم استمرار الضميف مقام القموى بخلاف العكس، وبناء على ذلك إذا ارتهن شخص سيارة غيره أو استعارها أو استودعها ثم وهبها له مالكها تم ملكه بمجرد القبول لتيام استمرار قبضه السابق مقام قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة فيقوم مقامه استمرار أى قبض سواء أكان قبض أمانة كما في هذه المثل أو قبض ضمان كما إذا كانت السيارة مغصوبة في يد غاصبها ثم وهبت له. أما إذا باعه السيارة في هذه الصمور فلا تدخل في ضمان مشتريها بمجمود قبوله بل لابد من تجديد قبضهما لأن قبضها السابق قبض أمانة فلا يغنى استمراره عن قبض الضمان المطلوب لدخول المبيع في ضمان مشتريه، وعلى هذا إذا أتلفت السيارة قبل تجديده تلفت على مالكها لا على من هي في يده وهو مشتريها، أما كيفية تجديد القبض نقد بينه الكاسباني بما ملخصه: إذا كان المبيع في يد المشترى عند العقد بقبض هو قسبض أمانة كأن كان وديعة أو عارية عنده، أو بقبض ضمان هو في معنى قبض الأمانة كأن كان رهنًا لديه الآنه في هذه الحال منضمون بغيره وهو الدين لابنيمته الا ترى أن مــا يزيد منه على الدين اعتبر أمانة، فلا يصير المشترى قــابضا بمجرد العقد إلا أن يكون العقد بحضرة المبيع فبعتبر حينئذ قابضا لتحقق التخلية فإذا لم يكن العقد بحضرة المبيع فلابد لتجديد القبض من النقلة إلى حيث يوجد ليكون متمكنا من قبضه إذا أراد . وفي العناية: تجديد القبض يكون بالانتهاء إلى مكان يتمكن نيـه من قبضه، وعليه إذا كــان المبيع في حرز علوك للمشــترى نفي رأيي أن وجوده نيــه يكفي في تحقيق التخلية بالقول إذا مسضى بعد ذلك زمن يكفى المشترى لأن ينتقل إلى المبيع حسيث هو لو أنه أراد تسلمه متى كان وجوده محقىقا، إذ لا فائدة من الانتقال فعلا إليـه. راجع فتح القدير فج٥ ص٢٠٠ والعناية فج٧ ص٥٥٣ ورد المحتار (ج٤ ص٤٧) والبدائع (ج٥ ص٤٢٨). قسمة العقد إلى منجز وغير منجز: وإذا تم العقد فترتبت آثاره عليه إثر تمامه مباشرة بدون تأخر سمى منجزا، وإذا تأخرت عن تمامه، فقد يكون تأخرها بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، وعند ذلك يسمى العقد مضافا، وقد يكون تأخرها بسبب تعليق الإيجاب على أمر غير موجود، وفي هذه الحال يسمى العقد معلقا، وإذن فصيغة العقد، إما أن تكون منجزة، وإما أن تكون مضافة، وإما أن تكون معلقة، وفي هذه الأحوال الثلاث قد تكون مطلقة وقد تكون مقترنة بشرط.

العقد المنجز: فالعقد المنجز ماصدر على وجه تترتب عليه آثاره في الحال، وذلك بأن تكون صيغته غير معلقة على شرط بأداة من أدوات التعليق وهي (إن وأخواتها) ولامضافة إلى زمن مستقبل، سواه أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، مثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك دارى هذه شهرا ابتداء من الآن بكذا، فيقول الآخر: قبلت، ومشاله في حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتك سيارتي هذه ابتداء من الآن ثلاث ساعات بكذا بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدما، فيقول: قبلت.

وحكم العقد المنجز أن آثاره تترتب عليه بمجرد تمامه، فلا تشاجل. وكل العقود يصح تنجيزها، بل هو الأصل فيها ماعدا الوصية والإيصاء، فإنهما مضافان إلى مابعد الموت بطبيعتهما، ولو كانت صيغتهما في صورتها منجزة، مثال الوصية: أوصيت لفلان بمائة جنيه. ومثال الإيصاء: جعلت فلانا وصيا على أولادى، فلا يفيد كل منهما أثره إلا بعد موت الموصى.

العقد المضاف: والعقد المضاف ماصدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل سواه أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، ومثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك دارى هذه مدة سنة ابتداء من السنة الآتية بكذا، ومثاله في حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتكها هذه المدة بكذا بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة. فيقول الآخر: قبلت.

وحكم هذا العقد أنه ينعقد في الحال علة لحكمه، ولكن لايوجد حكمه إلا في الوقت الذي أضيف إليه فلا يبتدئ عقد الإجارة إلا عند ابتداء السنة الآتية.

العقد المعلق: والعقد المعلق ماعلق وجوده على وجود أمر آخر، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجودا وقت التعليق كان التعليق صوريا، وكان العقد منجزا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن كان فلان مدينا لك بألف جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر ثم يظهر أن فلانا كـان وقتذاك مدينا بهذا المبلغ، أو يقول رجل لزوجته: إن كنت ذهبت أمس إلى مكان كذا فأنت طالق، وهي قد ذهبت إليه أمس، ففي هذه الحال يكون كل من الكفالة والطلاق منجزا، فتستم الكفالة ويقع الطلاق في الحال (١)، وإن كان ذلك الأمر غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لاينعقد أصلا، ويكون الغرض من تعليقه هو إيذان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد، كما إذا قال شخص لآخر: إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك في بيع هذا المنزل، وإن كان على خطر الوجود، فيجموز أن يوجد وألا يموجد، فهذا هو المعلق تعليقا حقيقيا. وبه لايوجد العقد ولايترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه. إذ بوجوده يوجد العقد وينشأ فيترتب عليه لذلك أثره، فلو قال شخص لآخر: إن أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا بها كفيل وقبل ثم أقرضه هذا المبلغ فإنَّ الكَّفالة تتحقق ويصبح كفيلا بالمبلغ. وكذا إذا قال له: إن أقرضته ألف جنيه فأنا بها كفيل بشرط أن يكون ذلك قبل مضى عام، فتم ذلك كان كفيلا، وإذن فالمعلق على الشـرط قد يكون مطلقا كمـا في المثال الأول وقد يكون مقـترنا بشرط كما في المثال الثاني.

والفرق بين العقد المعلق والمضاف: أن التعليق يمنع العقد من أن يصير سببا لحكمه في الحال، ثم لاينعقد سببا إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه وقرن وجوده بوجوده، فإذا قال شخص لآخر: إن لم يدفع إليك فلان دينه غدا فأنا كفيل به، لم ينعقد ذلك القول سببا للكفالة وتوجه المطالبة في الحال؛ لأن الكفيل ماكفل حالا ولكنه رتب وجود الكفالة على عدم الوفاء في الغد، فإذا تحقق عدم الوفاء في الغد انعقد العقد حينئذ وكان سببا للكفالة وتمت به. بخلاف الإضافة فإنها لاتمنع العقد من أن يصير سببا في الحال أي وقت صدوره، ولكنها

⁽۱) وفى حكم هذا النوع التعليق على مشيئة العاقد الآخر كما في قولك لآخر: وهبتك هذا الكتاب إن شئت وبعتك هذه الدار إن رغبت، فإن هذا العقد فى حكم المنجز؛ لأن مثل هذه العقود لائتم ولاتوجد إلا بالنبول ولبس هو إلا الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر ومشيئته، وكأن العقود لهذا معلقة دائما على هذه المشيئة فلا يضير التصريح بها.

تؤخر أثره إلى الوقت المضاف إليه، فإذا قال شخص لآخر: أنا كفيل بما لك على فلان ابتداء من الشهر الآتى انعقد هذا العقد في الحال سببا موجبا للكفالة في المستقبل فلا يوجد الضمان إلا من ابتداء الشهر الآتى (١).

العقود مع التعليق: تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة إلى قبولها التعليق وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

⁽١) وقد فرعوا على ذلك أنه لو قال شخص : لله على أن أنصدق بمائة قرش بعد ثلاثة أيام جاز له أن بتصدق بها من الآن وإذا فعل فمضت الآيام الثلاثة لم يلزمــه أن يتصدق بمائة أخرى، وإذا قال إن مضت على ثلاثة أيام تصدقت بمائة قرش لم يجزه أن يتصدق بها الآن. فإذا فعل ثم مضت الأيام الشلائة وجب عليه أن يتصدق بمائة قرش أخسري. والفرق أنه عند وجبود سبب الوجبوب يجوز تعجيل الواجب، وعند عبدمه لايجبوز، والسبب موجود في حال الإضافة وغير موجود في حال التــعليق، وفي الواقع أن ذلك فرق اعتباري غير بين في الحقيقة. وخاصة إذا كـان التعليق على حلول وقت معين كمـا في هذا المثال، إذ لا فرق بين أن تقول مــثلا وقفت أرضى غدا، وبين أن تغول إن جاء الغد فـقد وقفت أرضى حتى تنعقد الصيغة الأولى سـببا في الحال ويصح بها الوقف لانها معلقة، وهو لايقبل التعليق، ولهذا ذهب ابن تيمية إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة في المعنى، ولا فارق بينه وبين الإضافة إلا من حيث اللفظ. راجع فستاوى ابن تيمسية "ج٣ ص٣٥٣، وإلى هذا يميل رأى بعض الحنضية. راجع حاشية الشلبي على الزيلعي فج ٤ ص١٣١٥ وذهب الشافعي إلى أنه لافرارق بين التعليق والإضافة، وأن كلا من العقد المـضاف والعقد المعلق سبب في الحال. وإنما يتأخسر حكمه بسبب الإضافة في المضاف، وبسبب التعليق في المعلق. ورأيه وجيه، فإن تسرتب الآثار على العقود كما بينا ترتب شرعي، والشارع قد اخرها في الحالين فالتفريق بينهما ليس له دليل سليم. والتعليق ينافي التنجيز ولاينافي الإضافة ، فالعقد لايمكن أن يكون في وقت واحد منجزا ومعلقا، ولكن يمكن أن يكون مضافا ومعلقا؛ ذلك لأن تنجيز العقود، هو إنشاؤها على وجه تترتب عليه آثارها في الحال، أما تعليقها فهو ترتيب وجودها على وجود أمر آخر غير موجود، فعبارة العاقدين عند التنجيز تصير عقدا بمجرد الانتهاء منها، وتترتب عليــه آثاره الشرعية، أما عند التعليق فــلا تصير عقدا تترتب عليمه آثاره بمجرد الانتهاء منها، بل يتأجل ذلك، ثم لايكون إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه نعلاء فبموجوده تصبح عقدا تشرتب عليه آثاره في ذلك الموقت، وأما الإضافة فمناطهما إرجاء آثار العقد إلى وقت مستقسبل، وذلك بإضافة الإيجاب إليه، وهذا المعنى لايتسعارض مع تعليق وجوده وتحققه عسلى وجود أمر آخر. يوجد العقد أصلا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن بلغ ما أملكه في هذا الشهـر عشرة آلاف جنيه فأنت وكيلي في إدارته ابتداء من الشهر التالي، ومعنسي هذا أنه إذا تحقق أن وصلت ثروة الموكل عشرة آلاف جنيه فقد وجد عقد الوكالة، ولكن أثاره مرجأة إلى أول الشهر التالي فــالعقد معلق ومضاف في أن واحد، وأما الافتران بالشرط فلا يتنافى مع التنجيز ولا مع التعليق ولا مع الإضافة، إذ لامعنى له إلا زيادة التزام في العــقد باشتراط زائد عليه، ولذا قد يكون المقسّرن بالشرط منجزًا، وقد يكون معلقــا، وقد يكون مضافا كمــا قدمنا في الأمثلة، وإذن فالمقترِن بالشرط إذا كان منجزا أفاد أثره في الحال وهو التزام العقد والتزام الشرط في ضمنه، فإذا قلت لآخر: اشتمريت هذه الساعة منك بشرط أن أدفع ثمنهـا بعد شهر وقــبل مالكها تم العقد والتــزم دفع الثمن في الوقت المحدد، أما المعلق فلا يفيد أثره في الحال سواء أكان مطلقا أم مقتراً بشرط وإنما يفيد أثره عند تحتق ماعلق عليه فإذا قلت لإنسان: أنا كغيل لك بما تعطيه قرضا لفلان إن أعطيته غداً بشرط ألا يزيد على مائة جنيه لم يظهر لذلك أثر في الحال، فإذا أقرضه في الغد وكان القرض مائة جنيه فأقل تمت الكفالة.

الأول مالايصح تعليقه بأى شرط، فإذا علق بشرط كان غير صحيح، ويشمل مايأتي:

(١) عقود التمليك عدا الوصية كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح على مال وفي چكمها القسمة، والإبراء، وكذلك إجازة هذه العقود. ويستثنى من ذلك تعليقها على الخيار، مثل أن يقول شخص: «بعتك دارى إن رضى فـلان، متى وقت لذلك مدة ثلاثة أيام، وهي مـدة الخيار؛ لأن هذا في معنى اشتراط الخيار، وهو شرط ورد به الشرع، وبناء على ذلك إذا قال شخص لآخر: بعتك كتابي هذا إن باع فلان كتابه لك، أو أجرتك سيارتي إن أجر فلان لك سيارته، أو زارعتك أو ساقيتك إن سافر فلان أول العام، ونحو ذلك لم يكن عقمه البيع ولا عقمه الإجارة، ولا عقد المزارعة، ولا عقد المساقاة صحيحاً . كذلك إذا باع سيارتك شخص بغير إذن منك (وهو الفضولي) فقلت: إن لم يحضر إلى مشتر في ظرف أسبوع، فقد أجزت البيع، لم تصح هذه الإجازة، والسبب في ذلك مايزي في صحة عقد التمليك مع التعليق من المنافاة للملك أو للعقد، ومايكون في ذلك أيضًا من غرر؛ ذلك لأننا إذا صححنا البيع مثلا مع تعليقه، فماذا يكون الحال قبل تحقق الشرط المعلق عليه؟ أيمنع البائع من أن يتصرف في المبيع وهو ملكه؟ ذلك مايتنافي مع الملك، وإذا منع فـإلى أي أمد، وقد لايتحقق الشرط، وذلك هو عين الغرر؟ وإذا لم يمنع من التصرف فيه فجاز أن يبيعه لآخر أو يستهلكه، فكيف يتفق ذلك مع القول بصحة البيع المعلق، ومن آثاره أنه عقد لازم؟ ذلك لايتنافي مع حكم العقد، وهو إلى ذلك تغرير بالمشترى وإلى هذا ذهب الشافعي (١).

ويدخل في هذا القسم التبرع كالهبة والقرض والوقف على الأرجح، فلا تصح الهبة إذا قلت: وهبتك كتابي هذا إن نجحت في الامتحان، ولا القرض إذا قلت: إن جاءني ربح من تجارتي هذه أقرضتك مائة جنيه، وإلى هذا ذهب الشافعي، وكذا لايصح الوقف إذا قال: إن ملكت هذه الدار فهي وقف على كذا، وأجاز مالك تعليق التبرعات لعدم الضرر من ذلك، إذ ليس على المتبرع من سبيل إذا عدل، فلا ضرر إذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه، ولكن الحنفية قاسوها على

⁽١) راجع الأشباه للسيوطي.

التمليك حتى لايلحق المتبرع له ضرر أو غرر باعتماده على المتبرع، وخاصة إذا كان يعرفه بعدم العدول عن تبرعه.

(ب) عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع، فلا يصح الزواج إذا قالت لك امرأة: تزوجتك إن رضى أبى، ولا الخلع إذا قلت لزوجتك: خالعتك على كذا إن تزوجت عليك، لما بيناه من السبب في عقود التمليك المالية، وخالف الشافعي في الخلم.

(ج) التقييدات كالرجعة (١) وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة، فلا ينعزل الوكيل بقولك له: إن قدم فلان فقد عزلتك، ولا ينحيجر الصبى بقولك له: إن ذهبت اليوم إلى السوق فقد منعتك من التجارة، ولاتصح الرجعة بقولك لمطلقتك : إذا جاء فلان فقد راجعتك.

(د) الرهن والإقبالة، فلا يصبح الرهن بقولك لدائنك: رهنتك كتبابي إن نجحت في الاستحان، ولا يرتفع البيع بقول المشترى لببائعه: إن وجدت مشتريا بثمن أعلى فقد أقلتك من البيع.

وإنما لم يصح تعليق هذه العقود ـ على العموم ـ عند الحنفية لما فيه من معنى المقامرة، فقد يوجد الشرط وقد لايوجد، فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما، وإذا وجد فإنما يوجد في زمن مستقبل ليس يدرى فيه المعلق من أمره شيشا، فقد تتغير نفسه وإرادته فيه لسبب من الأسباب فيصبح نفاذ هذا أبغض شيء إليه في الوقت الذي أراد فيه نفاذه، وليس مع هذا يتحقق الرضا، ولا عليه تبنى العقود.

أقول: هذا تعليل بعم كل عقد ولايختص بما ذكرنا. وقد لا يتحقق بالتعليق ضرب من ضروب المقامرة، كما إذا علقت المراجعة على مجى، زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة، كما إذا علقت عزل الوكيل على حضور وكيل آخر، ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم، ولم نعشر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولايتحقق في غيرها مما أجيز تعليقه.

 ⁽١) أى لانها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتـدائه، فكما لايجوز تعليق أبتدائه لايجوز تعليقها. الزيلمي والشلبي
 ٤٩٢٥.

الثانى ـ مايصح تعليقه (١) بأى شرط، ويشمل مايأتى:

(i) الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها، مثال ذلك أن يقول الزوج لزوجته: إن ذهبت إلى جهة كذا فأنت طالق، أو السيد لعبده: إن أحسنت عمل كذا فأنت حر، أو الجار لجاره: إن كان المشترى فلانا فقد أسقطت حقى في الشفعة، فإذا تحقق الشرط الذي علق به الجزاء وقع الطلاق والعتاق وسقط حق الشفعة، وإلى هذا ذهب الشافعي.

(ب) الوكالة والوصية والإيصاء. مثل أن يقول: إن رأيت كذا في السوق فأنت وكيلى في شرائه، وإن وصلت ثروتي ألفي جنيه فيقد أوصيت لك بعشرها، وإن مت عن أولاد فأنت وصى عليهم، فإذا تحقق الشرط تحققت الوكالة والوصية والإيصاء، وخالف الشافعي في الوكالة فلم يصححها مع التعليق.

(ج) اليمين، فيصح تعليقه مثل إن شفى الله مريضى لأتصدقن بكذا، فإذا شفى مريضه لزمته الصدقة، وإنما صحت هذه العقود مع تعليقها لعدم ترتب غرر عليها فيها، أما الوصية فهى بطبيعتها يتوقف نفاذها على الموت، فليس يضير أن تترقف كذلك على أمر آخر يوجد قبل الموت، وأما الإسقاط واليمين فكل منهما التزام شخصى لايرتبط بغير إرادة الملتزم، فيصحان على الوجه الذى أراده؛ لأنه إرادته وهى له وحده، وكذلك الوكالة والإيصاء؛ لأنهما في معنى الإذن للغير بالتصرف بالنيابة عنه، وليس الإذن أيضا إلا إرادة شخصية تتعلق به وحده، فيصح على الوجه الذى أراده.

الثالث ـ مايصـح تعليقه بالشرط الملائم له دون غـيره، ويشمل الكـفالة والجوالة والإذن للصبى بالتجارة.

والشرط الملائم هو ماكان مقتضيا للعقد المعلق عليه عرفا أو شرعا، كأن يكون تحققه أساسا لوجود العقد، كما في ثبوت الدين بالنسبة للكفالة والحوالة أو مفضيا إليه عادة كما إذا كان سببا في إمكان استيفاء الحق أو تعذر استيفائه، مثل أن يقول شخص: إن استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه، أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا

ضامن، وإن لم يؤد فلان الدين غدا فأنا ضامن، أو إن ملكت كذا غدا فأنا ضامن، أو أن يقول مدين لدائنه: إن لم أؤد إليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان، وأن يقول ولى الصغير له: إن بلغت عشر سنوات فقد أذنت لك بالتجارة. أما إذا علقت بشرط غير ملائم فلا تصح كأن يقول شخص لآخر : إن نجح ابنك في الامتحان فأنا ضامن لدينك قبل فلان، أو إن نجح ابنى في الامتحان فقد أحلتك على فلان، أو إن أمطرت السماء اليوم فقد أذنت لك بالتجارة، سواء أتحققت هذه الشروط فيما بعد أم لم تتحقق، لأن تعليقها بشرط غير ملائم ما لا يظهر فيه غرض صحيح، فيكون ضربا من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع الهزل (١)، غرض صحيح، فيكون ضربا من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع الهزل (١)، ينسب الشافعي أن عقد الكفالة لايقبل التعليق مطلقا ولايصح معه، كما في ينسب الشافعي أن عقد الكفالة لايقبل التعليق مطلقا ولايصح معه، كما في

العقود مع الإضافة: تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

الأول - عقود لاتنعقد إلا مضافة، سواء اشتملت صيغتها على إضافتها أم خلت من ذلك، وهي الوصية والإيصاء؛ لأنها لاتفيد أثرها إلا بعد الموت، فلا يمكن بحال أن تتصل أحكامها بصيغتها، مثل أن يقول إنسان لآخر: أوصيت لك بمائة جنيه، أو جعلتك وصيا على أولادي، فلا تستحق المائة إلا بقبولها بعد الموت ولا يصير الموصى إليه وصيا على الأولاد إلا بعد موت الموصى. وإن لم يجئ ذكر ذلك في الإيجاب.

الثانى _ عقود لاتصح مع الإضافة، وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال، كالبيع وإجازته وفسخه والصلح عن مال والإبراء من الدين والهبة ويلحق بها القسمة (٢)، والشركة والنكاح والرجعة والخلع من جانب الزوجة؛ وذلك لأن هذه العقود تفيد أثرها فى الحال، وإضافتها تستلزم إرجاء ذلك الأثر،

⁽۱) راجع البيداية والعناية وفستح القدير (ج٥ ص٤٠٥ ومابعدها. وراجع المبسوط (ج١٩ ص١٩٤ ومابعدها و(ج ٢٠ ص٤) ومابعدها. ومن هذا تعلم أن ماذكره صاحب أنفع الوسائل في ص٢٧٩ وما بعدها مخالف لما في الكتب المعتمدة وأنه تمحل في تأويلها.

 ⁽۲) وذلك لما فى القسمة من معنى المبادلة ولما فى الشركة من تملك جزء من الربح، ولما فى النكاح من تملك
المتعة فى الحال، ولان الرجمع فى معنى النكاح لانها استداسة ملك النكاح فكانت فى حكمه، ولما فى الخلع من
المعاوضة الظاهرة كما فى النكاح. راجع الزيلعى «ج٤ ص١٣٢».

وفى ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر، وليس لهذا وضعت شرعا؛ ولأنها إذا صحت مع الإضافة فلابد أن يبقى الملك على ملكه إلى الوقت الذى أضيفت إليه، لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت، وعندئذ إما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التى جعلها محلا لهذه العقود. وذلك يقتضى استبداده بفسخ العقد المضاف، وهذا مناف للزومه، وإما ألا يصح تصرفه فيه، وذلك مايتنافى مع ثبوت ملكه، فلكل هذا لاتصح مع الإضافة. ولاشك أن التوجيه الأخير لايتحقق فى الهبة؛ لأنها عقد غير لازم بالنسبة للواهب، فليس ما يمنع من أن يتصرف فى محلها فينفسخ العقد بذلك، وكذا لايتحقق فى الشركة لنفس السبب.

الثالث عقود تصح إضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى زمن مستقبل، وتشمل مايأتى:

- (i) مالايمكن أن يفيد أثره في الحال كالإجارة وإقالتها والعارية، والمزارعة والمساقاة والمضاربة؛ لأنها عقود على المنافع، وأنت تعلم أن المنفعة لاتوجد دفعة واحدة، ولكنها توجد وتتجدد مع الزمن، فكان معنى الإضافة ملاحظا في تشريعها ووضعها، ومن ثم صحت إضافتها.
- (ب) الالتزامات كالكفالة والحوالة، لأنها لاتفيد أثرها كاملا في الحال فقد تتم الكفالة ولا يقوم الكفيل بدفع الدين إلا بعد مدة من الزمن، وقد لايدفع، وكذلك الحال في الحوالة، فكان معنى إلإضافة متحققا فيها فلا تتنافى الإضافة معها.
- (جـ) الإسـقاطات كـالطلاق والخلع من الزوج لا من الزوجـة (١) والعتاق والوقف؛ لأن كلا منها يعتبـر إنهاء للملك، والملك لايدوم، بل ينتهى بالموت وهو مستقبل، فلا مانع من أن ينتهى قبله فى الوقت الذى أضيفت إليه هذه العقود.
- (د) الإطلاقات كالوكالة والقضاء؛ لأنها لاتفيد أثرها كاملا في الحال كما تقدم.

⁽١) راجع رد للحتار ٣٦ ص٦٠٦ من باب الخلع.

وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها (١) وماذكرناه هنا من الأحكام هو ماذهب إليه الحنفية بمقتضى الروايات المشهورة، وثم روايات أخسرى تخالف ماذكرناه. والواقع أن الأنظار في هذا الموضوع مختلفة، وأن خيسر الآراء ماذهب إليه ابن القيم واين تيمية من الجواز إلا ماورد بالنهى عنه نص من الشارع لما بينا.

⁽١) ومن هذا يتين أن مايصح مع التعليق ولو فى بعض الحالات كالكفالة يصح مع الإضافة؛ لأن التعليق فى الواقع ضرب من الإنسافة من ناحية أنه يترتب عليه إرجاء الاثر، ومالا يصح مع التعليق إن أفاد ملك العين لايصح مع الإنسافة، وإن أفاد ملك المنسعة. أو بعبارة أعم إن كان لايترتب عليه جميع آثاره فى الحال صح مع الإنسافة، وإن أفاد ملك المتليق، وعلى هذا فليس كل ما لايقبل التعليق لايقبل الإضافة، بل قد يقبلها.

خلاصة الباب

يتم العقد تارة بالإيجاب والقبول دون أن يتوقف تمامه على شيء آخر غيرهما وذلك هو الأصل في العقود، وتارة يتوقف تمامه على شيء آخر يضم إلى الإيجاب والقبول وهو القبض، وذلك في عقود الرهن والهبة والصدقة والعارية والوديعة والقرض، أما الرهن فلقوله تعالى في آخر سورة البقرة ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ﴾ وأما الهبة فلحديث الانجوز الهبة إلا مقبوضة » ولأنها هي والصدقة والعارية والوديعة والقرض عقود غير لازمة، فلو أنها تمت قبل القبض لما كان لتمامها أثر لعدم لزومها، فجعل تمامها بالقبض لتظهر آثارها، وإذا تم العقد فقد تترتب على تمامه آثاره مباشرة وقد ترجأ، ففي الحالة الأولى يسمى العقد منجزا. وفي الحالة الثانية: إن كان سبب إرجائها يرجع إلى إضافة الإيجاب على فيها إلى زمن مستقبل سمى العقد مضافا، وإن كان يرجع إلى تعليق الإيجاب على أمر غير موجود ولكنه على خطر الوجود مستقبلا سمى العقد معلقا.

المنجز: ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن ولا معلقة على شرط بأداة تعلىق وحكمه ترتب آثاره عليه في الحال سواء أكان معلقا أم مقترنا بشرط، والأصل في العقود كلها أن تكون منجزة، ولكن خرج من هذا الأصل الوصية والإيصاء فلا يكونان إلا مضافين، إذ لايفيد كل منهما أثره إلا بعد وفاة الموصى.

المضاف: ما أضيف الإيجاب فيه إلى زمن مستقبل. وحكمه أنه ينعقد في الحال سببا لحكمه، ولكن لايوجد حكمه إلا عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، سواء أكان مطلقا أم مقترنا بشرط.

المعلق: ماعلق الإيجاب فيه على وجود أمر آخر غير موجود في الحال ولكنه محتمل الوجود في الاستقبال، وحكمه أنه لاينعقد في الحال سببا لترتب أثره عليه، ولكنه يصير سببا عند تحقق الأمر المعلق عليه، ويستثنى من ذلك المعلق على مشيئة العاقد الآخر، فإن التعليق فيه كعدمه، إذ كل العقود عند صدور الإيجاب فيها يصدر معلقا على قبوله من العاقد الآخر.

والعقـود كلها تكون منجـزة وذلك هو الأصل، ماعـدا الوصيـة والإيصاء، وتكون غير منجزة وحينئذ يكون حكمها كما يأتى:

حكم العقود مع التعليق: العقود مع التعليق ثلاثة أقسام:

- ١ _ عقود لاتقبل التعليق، وإذا علقت فسدت، وهي:
- (i) عقود التمليك المالية كالبيع والهبة والقرض والإبراء عن الدين والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح، ويلحق بها القسمة والصلح على مال والزواج والخلع والطلاق على مال بالنسبة للزوجة.
- (ب) عقـود التقييــد كالرجعة وعــزل الوكيل والحجـر على الصبى المأذون له بالتجارة.
- (جـ) الرهن والإقالة. وذلك لما في التعليق من غـرر يتنافى مع مقتضى هذه العقود كلها.
- ٢ ـ مايصح مع التعليق على أى شرط، وهى الإسقاطات، كالطلاق والعتق والتنازل عن الشفعة والوكالة والوصية والإيصاء واليمين، وذلك لعدم المنافاة بين مايفيده التعليق من إرجاء قد يتحقق مع الأثر وقد لايتحقق، وبين ماتفيده هذه العقود من الأحكام.

٣ ـ عقود تصح مع تعليقها على شرط يلائمها وتفسد مع تعليقها على شرط لا يلائمها، وهى الكفالة والحوالة والإذن للصبى بالتجارة. والشرط الملائم هو ماكان متفقا مع أثر العقد بأن يكون مفضيا إليه عادة.

حكم العقود مع الإضافة: العقود مع إضافتها على ثلاثة أنواع:

- (أ) عقود لاتصدر إلا مضافة وهي الوصية والإيصاء.
- (ب) عقود تفسد مع الإضافة وهي عقود تمليك الأعيان، كالبيع والهبة والصدقة والصلح والإبراء عن الدين ويلحق بها النكاح والرجعة.
- (جـ) عقـود تصح مع إضافتهـا، وهى الإجارة والإعارة والمزارعة والمـاقاة والمضاربة والكفالة والحوالة والوكالة والطلاق والعتق والوقف.

باب محل العقد

ويسمى المعقود عليه. وهو مايظهر فيه أثر العقد وحكمه، وهو المال المبيع في عقد البيع، والمنافع في عقد الإجارة، وعمل المزارع في الأرض والمساقى في الشجر في عقدى المزارعة والمساقاة، والعين المرهونة في عقد الرهن، والدين في الكفالة والحوالة، والمرأة في الزواج، وهكذا. وقد يكون أحد العاقدين للعقد محلا له، كالزوجة في عقد الزواج، فإنها بالنظر إليها منشئة للعقد عاقدة، وبالنظر إلى أن حكم العقد يظهر فيها معقود عليها أو محل العقد. ويشترط فيه الشروط الثلاثة الآتة:

1 - وجود المحل: نرى فى كلام الحنفية مايفيد أنهم يشترطون فى محل العقد أن يكون موجودا وأن المعدوم لايصح أن يكون محلا للعقد إلا على طريق الاستثناء، ويعللون ذلك بأن آثار العقود وجودية، فلا تظهر فى معدوم، وبأن المعدوم غير قابل لان يملك، ويجعلون لذلك عقد الإجارة والسلم والاستصناع وما أشبهها عقودا استثنائية أجازها الشارع استحسانا. ولكنا نرى أن كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعا فى اعتباره أصلا أو شرطا، ولذا قال (۱) ابن القيم ماخلاصته وليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله مايفيد أن العقد على المعدوم غير جائز، وما ورد فى السنة من النهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة، كقوله على السلام ولاتبع ماليس عندك، فليست العلة فيه العدم، وإنما هو الغرر بسبب علم القدرة على التسليم، كبيع البعير الشارد. فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم، ألا ترى أن الشارع قد أجاز الإجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فى ذلك، ولم يجز بيع البعير الشارد، وإن كان موجودا لوجود الغرر فى الغرر فى ذلك، ولم يجز بيع البعير الشارد، وإن كان موجودا لوجود الغرر فى العاوضات، بخلاف الوصية، فإنها تبرع محض، فلا غرر إذا ماتعلقت بموصى به معلوم،

والنتيجـة أن العقد إذا كان يقتضى بطبيعته وبحسب شـرعه أن يكون محله موجودا عند التعـاقد كان وجوده شرطا في وجود العقد؛ لأن عـدم وجوده حينئذ

⁽١) راجع أعلام الموقعين ج٢.

مخالف لطبيعة العقد وشرعه، وماشرع كذلك إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر، وعلى ذلك فلا ينعقد عقد أريد به بيع نتاج هذه الماشية قبل ولادته وظهوره، أو لبن هذه البقرة قبل أن تحلب، أو نصيبه في تركة أبيه قبل وفاته؛ لأن هذا النوع من البيع إنما شرع لنقل ملكية قائمة من البائع إلى المشترى، وهذه الملكية غير قائمة الآن، وقد لاتلد الماشية ولاتنبت الأرض، وإذا أنبتت فقد لايشمر الزرع لأفة تصيبه، وقد يتوفى البائع قبل وفاة أبيه، وقد لا يترك شيئا عند وفاته، وليست هذه الأشياء مع هذا مما يشبت في ذمة البائع في الوفاء بها، وهذا النوع لو قبل بصحته لترتب عليه من الأمثال التي يتخير البائع في الوفاء بها، وهذا النوع لو قبل بصحته لترتب عليه كثير الغرر وكبير الضرر فلا يصح لذلك.

إما إذا كانت طبيعة العقد وشرعه لايقتضى وجود محله وقت التعاقد، كما فى العقد على المنافع من إجارة ومزارعة ومساقاة، وكما فى عقد السلم وعقد الاستصناع، وما إلى ذلك فلا يشترط وجود المحل حينئذ، وإنما يشترط إمكان وجوده فى المستقبل، فإذا استحال وجوده قبل التعاقد لسبب من الأسباب (١) فلا ينعقد العقد، مثال ذلك أن يسلم إنسان فى نوع من القطن يصفه أوصافا لاتجعله من الأصناف المعروفة الموجودة. أو يستأجر إنسان آخر على أن ينقل له متاعا معينا من جهة كذا إلى جهة كذا، فيظهر أنه قد قام ابنه أو خادمه بنقله إلى المكان المطلوب من قبل، أو على أن يهدم له جدارا معينا فيظهر أنه قد سقط من قبل ولا يعلم المؤجر، أو ليدلى بحجته أمام المحكمة فى قضية معينة، فيظهر أن قد حكم له بايطلب من قبل، فإن الشيء الحاصل لا يمكن أن يحصل مرة أخرى، ولذا لا ينعقد بالعقد فى هذه الصور. ومن ذلك مافى فتاوى قاضيخان: إذا استأجر رجل آخر المعذل له رطلا من القطن وليس عند المؤجر قطن لم يجز؛ لأن العمل في محل ليغزل له رطلا من القطن وليس عند المؤجر قطن لم يجز؛ لأن العمل في محل معدوم غير متصور، ولكن إذا حدثت الاستحالة بعد تمام العقد كان حدوثها فاسخا

⁽۱) ومن ذلك ماذهب إليه الحنفية من اشتراطهم إمكان البر لانعقاد اليمين وبقائها. سواءاكانت بالله أو بالطلاقى ونحوه، وفرعوا على ذلك أن الشخص إذا حلف ليشربن مـاه هذا الكوز ولا ماه فيه ـ ثم ينعقد اليمين؛ لانه إذا كان وقت اليمين خاليا من الماه كـان من المستحيل حيتئذ شرب مافيه من مـاه، ومن ذلك ما إذا قال رجل لزوجته إن لم تردى الدينار الذي أخذته من كيـسى فأنت طالق وكان الدينار عند اليمين موجـودا في الكيس فإنها لاتطلق لعدم اتعقاد اليمين، ومن العجيب أنهم لم يعتبروا الاستحالة العادية فقالوا: إن من حلف بالطلاق أن يقلب هذا لحدم اتعقاد اليمينة وتهم اختلاد ولاشك أن هذا محل نظر. أمـا الشافعية وتهم اختلفوا في اشتراط إمكان البر، فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشرطه. راجع الاشباه للسيوطي.

للعقد كما فى الأجير بمرض مرضا يعجزه عن القيام بما النزم به، أو يتوفى أو يؤجر لتعليم دابة فتنفق، أو لغزل صوف فيحرق، وسيأتى فى الإجارة، وستعرف تفصيل ذلك عند تفصيل أحكام العقود بما يناسب كل عقد.

Y ـ تعيين المحل: وكذلك اتفق الفقيهاء على أن يكون المحل معلوما للعاقدين علما يمنع الحداع والغرر، ولايفضى إلى منازعة إذا كان العقد الوارد عليه من عقود المعاوضات فإن كان المعقود عليه فى هذه الحال مجهولا جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان مترددا بين حالين محتملين يوجد فى إحداهما، ولا يوجد فى الاخرى لم يصح العقد، وعلى هذا لايصح بيع شاة من هذا القطيع، ولا استثجار قلم ليكتب به دون أن يبين لذلك وقتا؛ لأن ذلك يؤدى إلى النزاع فى تعيين المبيع، أو النزاع فى مدة الانتفاع بالقلم، وكذلك لايصح بيع بعير ضال فى الصحراء إذا كان غير معلوم المكان، أو غير مقدور التسليم، لأن ذلك يؤدى إلى النزر عند عدم العثور عليه.

والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، وهى الناشئة عن تجهيل جنس المحل، كأن يبيعه دابة من الدواب دون أن يبين جنسها، وأن يبيعه جميع ماله في هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث، والمشترى لايعلم مافيها، أو عن التفاوت الفاحش بين قيم مايتناوله المبيع المجهول من الافراد كأن يبيع دارا من دوره التي له في مدينة كذا بألف جنيه؛ لأن هذا النوع من الجهالة هو الذي يؤدى إلى الغرر والنزاع.

أما الجهالة اليسيرة وهى التي لايكون معها تفاوت فاحش فى القيم، ويكون الجنس معها معلوما، فلا تمنع صلاحية المحل للعقد، لتساهل الناس فى أمرها، فأصبحت لا تؤدى إلى نزاع الحان يبيعه مافى هذا الصندوق من الثياب، أو ما فى هذا المخزن من القمح، أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع.

ونتيجة بحثهم هذا الموضوع أن المدار على العرف، وعلى أن الجهالة لاتؤدى إلى نزاع، فإذا كان الأمر كذلك لم تمنع صحة العقد، وإلا منعت. راجع رد المحتار في البيع.

وأما عقود التبرعات، فقد اغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر في عقود

المعاوضات، ولذا صحت وصية الشخص بسهم من ماله، وبجزء من ماله، وكان البيان إلى الورثة إذ لانزاع في التبرع (١).

" - قبول المحل لحكم العقد: اتفق الفقهاء على أنه يشترط في محل العقد أن يكون قابلا لحكمه شرعا، فإذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلا، ولم يصح العقد، وعدم قبول المحل لحكم العقد قد يكون راجعا إلى علاقة المتعاقدين به وأن أحدهما لا يملك فيه ما لايملكه الآخر، وليس أولى به منه، وذلك كما في التعاقد على تمليك الأشياء المباحة، كأن يبيع إنسان لآخر ما لايملك من الطيور في الهواء، أو من الأسماك في الماء، أو من المياه في مجاريها، أو من الفلزات في معادنها، أو يهبه شيئا من ذلك، فمثل هذا التعاقد لايتم لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه، إذ حكمه نقل الملكية، ولا ملكية لأحد في هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها إلى غيره.

وقد يكون مرجعه إلى أن حكم العقد يتنافى مع ماخصص له ذلك المحل من أغراض عامة، وذلك كالمساجد والأنهار والقناطر، وما أشبهها مما خصص للمنافع العامة، فعقود التمليك إذا وردت على هذه المحال، وهى مخصصة لهذه الأغراض لاتنعقد لعدم قبولها لحكمها إذ لاتقبل أن تملك لأحد، لمنافاة ذلك لما خصصت له من أغراض عامة.

وقد يكون مرجعه إلى ماورد عن الشارع من نهى فى ذلك لحكمة راعاها، كالمحافظة على الآداب العامة، أو على الأخلاق أو الحرمات، أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل، أو على الصلات الاجتماعية، كما فى بيع الميتة حتف أنفها، وكما فى بيع الخمر أو الخنزير لمسلم، وكما فى استئجار النائحة للنوح، وكما فى استشجار الذمى مسلما لعمل الخمر له، أو استشجار المسلم آخر لحمل خمر إليه ليشربها، وكما فى تزوج رجل بأصله أو فرعه أو باخته نسبا أو رضاعا، أو بزوجة غيره. وسيأتى تفصيل ذلك فى كل عقد بما يناسبه.

⁽۱) وفى الفروق للقرافى: التصرفات عند مالك ثلاثة أقسام أولها: التصرفات التي يقصد بها تنمية المال أو تحصيله وهذه تضرها الجهالة إلا إذا كانت جهالة دعت إليها الضرورة أو جرى بها العرف. ثانيها: التصرفات التي يقصد بها الإحسان الصرف وهى التبرعات كالصدقة والهبة والإبراء وهذه لاتضرها الجهالة؛ لأنها إن فاتت على من أحسن إليه بسبب الجهالة فلا ضرر لأنه لم يبذل فيها شيئا. ثالثها: تصرفات بين القسمين كالنكاح؛ لأن الشارع لما جمله طريقا إلى المودة والألفة أمكن أن تغتفر فيه الجهالة، ولما اشترط فيه المال لم يمكن أن تغتفر فيه الجهالة، ولما اشترط فيه المال لم يمكن أن تغتفر فيه الجهالة، في المجالة غير جائزة في الأنواع الثلاثة.

خلاصة الباب

محل العقد أو المعقود عليه هو مايظهر فيه أثر العقد، كالمال المبيع بالنسبة لعقد البيع ومنفعة العين المستأجرة بالنسبة لعقد الإجارة، والزوجة بالنسبة لعقد الزواج، وإن عدت كذلك عاقدة، ويجب أن يتوافر فيه ثلاثة أمور:

الأول _ وجوده، وذلك إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعة وجوده، وعلى ذلك لاينعقد بيع نتاج دابة قبل الولادة، ولاثمرة قبل ظهورها، أما إذا كانت طبيعة العقد لاتقضى بذلك، فلا يشترط وجوده حال العقد، ولكن يشترط إمكان وجسوده، كما في السلم والإجارة، وعلى ذلك لو أسلم في شيء لايوجد عادة لاينعقد العقد، أو استأجر إنسانا لنقل شيء إلى مكان معين، فظهر أنه قد نقل إلى ذلك المكان قبل العقد لم ينعقد العقد.

الثانى ـ العلم به، والمراد بذلك أن يكون معلوما للعاقدين فى عقود المعاوضة علما يمنع المنازعة والغرر عادة، فإذا جهل جهالة تؤدى إلى النزاع، كجهالة ناشئة عن الجهل بجنس المحل، أو عن تفاوت كبير فى قيم آحاده أو عن عدم العلم بوجوده فالعقد باطل، وأما ماجرى العرف بالتسامح فيه من الجمهالة كجهالة النوع فى بعض الحالات فلا يضر بالعقد.

وإذا كان العقد عـقد تبرع كالوصية لم تضره جهـالة الجنس، فيصع الإيصاء بسهم من المال.

الثالث ـ أن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا، فإذا كان لا يقبله لم يصح العقد، وعدم قبوله لحكم العقد قد يرجع إلى نهى الشارع، كما فى ببع الميتة والخمر والحنزير، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له المحل من منفعة عامة، كبيع الانهار العامة، وقد يرجع إلى أن العاقدين بالنسبة إليه سواء لايملك أحدهما فيه شيئا لايملكه الآخر كما فى بيع المباح.

العاقد

قدمنا أن العقد لاينشأ إلا من إيجاب وقبول دالين على إرادتين متوافقتين على إنشائه، وقد يطلق كذلك على كل التزام نشأ من عبارة تنبئ وتكون صادرة من شخص واحد. وعلى أية حال فأساس العقد عبارة عاقديه أو عبارة منشئه إذا كانت دالة على إرادة إنشائه وقصده إلى ذلك كما قدمنا.

وليس الناس فى إنشاء العقود سواء، بل منهم من تعد عبارته لغوا من القول، فلا ينشأ عنها أى التزام، بل ولا أى أثر ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود، فيترتب عليها بعض الآثار ترتبا مطلقا أو مقيدا بموافقة إرادة أخرى، ولا يترتب عليها بعضها الآخر، ومنهم من يستقل بإنشاء جميع العقود بعبارته، فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب. واختلاف الناس فى ذلك يرجع إلى اختلافهم فى أمرين: الأهلية والولاية . فمن فقدهما معا لم يكن لعبارته فى ذلك أثر لانعدام قصده وإرادته، ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والالتزامات ونفذت، ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر، وهاك التعريف بهما.

باب الأهلية

الأهلية نوعان: نوع يسمى بأهلية الوجوب، ونوع يسمى بأهلية الأداء أهلية الوجوب: يراد بأهلية الوجوب: صلاحية الإنسان، لأن تكون له حقوق قبل غيره، وعليه حقوق وواجبات لغيره، وإن شئت قلت: صلاحيته لأن يطالب ويطلب منه سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه. ومناط هذه الأهلية: الحياة فتشبت لكل إنسان حى، سواء أكان صغيرا أم كبيرا، عاقلا أم مجنونا، حرا أم عبدا، وتستمر له مادام حيا، فإذا توفى زايلته، وقد تعتبر باقية بعد وفاته إلى أمد، لضرورات تقتضى ذلك فتنتهى بانتهاء تلك الضرورات؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها. ومن ذلك: أن يتوفى الإنسان مدينا ـ وقد ترك مالا _ فتعتبر أهليته باقية حتى يوفى دينه، ولولا ذلك لسقط الدين، إذ لا يتصور دين _ كما يقولون ـ بغير مدين.

الذمة: وهذا النوع من الأهلية لايوجد إلا حيث توجد الذمة، فوجوده وثبوته دليل ثبوتها وتحققها، فإن الذمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أملا للوجوب له والوجوب عليه. وبناء على ذلك تكون هذه الأهلية أثرا من آثار الذمة.

والذمة فى اللغة العهد. والعهد يكون دائما سببا للمطالبة، وإن شئت قلت: يكون سبب الأن يطالِب به الإنسان ويطالَب به، ومن هذا أتى الاستعمال الشرعى الذى بيناه (١).

⁽۱) يفهم عا ذكرنا أن الذمة أو أهلية الوجوب لاتكون إلا لإنسان حى، فلا يثبت ذلك لدابة من الدواب، ولذا لاتكون الدابة ذات أهلية لان تتملك، فلا تصح الهبة لها ولا الوصية كذلك على وجه التمليك لها، كأن يقول الموصى: أوصى لدابة فلان بكذا، ولكن لو أوصى بثين لعلفها جاز؛ لأن ذلك وصية لمالكها فى الواقع فإن علفها عليه، فكات فى معنى الوصية له بهذا النوع من الطعام ليعلف منه الدابة،. وكذلك لاتثبت الذمة ولا أهلية الوجوب عند الحنفية لما لاحياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال، وما إلى ذلك من الجهات والمنشآت، فلا تكون أهلا لان تملك ولا أن تكون لها حقوق وعليها واجبات، ذلك ما يظهر من كلامهم، بل قد صرحوا به أحيانا، فقالوا: إن الوقف لاذمة له، وبنوا على هذه النظرية عدم صحة الهبة لهذه المنشآت كالمسجد والمستشفى بخلاف الوصية لها فقد أجازوها على أنها وصية بالإنفاق عليها، فكانت من قبيل الإيصاء بالصدقة لا من قبيل النصاء بالصدقة لا المستشفى وهكذا. ويعتبر ذلك كتبام شخص بالإنفاق علي مسجد أو على مستشفى فى حال حبانه، ومرجع كل المستشفى وهكذا. ويعتبر ذلك كتبام شخص بالإنفاق علي مسجد أو على مستشفى أو المسجد شهرسيا.

= ومن هذا قيل: إذ الحنفية لايتولون بالشخص المعنوى، أو بالشخصية المعنوية القانونية كشخصية الشركات أحكاما تنتضى أن لها حقوقا قبل الناس يتوم بطلبـها من له الولاية أو النظر عليها، وأن للناس حقوقا قبلها بطالبون بها من له الولاية عليها، شأنها في ذلك شأن الصبي غير الميز وما في حكمه. فنرى أن الولى عليها كثيرا ما يبيع الها ، كبيعه لشمرات الأعبان الموقوفة عليها. وكثيرا ما يشترى لها كذلك، كشرائه للبذور اللازمة لزراعة أرضها، وأدرات فلاحتها وجميع حاجتها، وقد يستدين لها، فيكون الدين مطلوبا من نماء الأعيان الموقوف عليها، وقد ينفق عليها من ماله فيرجع في مالها وهكذا، فالوقف مشلا يقوم الناظر عليه بتأجير أعيانه المعدة لذلك. فإفا انتفع المستاجر أصبح ممدينا بالأجرة لجهة الوقف لا للناظر ولا للمستحقين، أما أنه غمير مدين للناظر فلأنه لو عزل لم يكن له حق مطالبة المستأجر بما في ذمته من الأجرة، وإنما ينتقل حق المطالبة إلى من حل محله. ولو كان الدين له لبقى له حق المطالبة بعد عزله، وأما أنه غير مدين للمستحقين فلأنه لايجوز له مطالبة المستأجر بها، ولو كانت دينا لهم لطالبوا بها. وكذلك قد يحتاج الوقف إلى عمارة فيحجز الناظر من غلاته مايفي بالعمارة، فما يحجزه ليس ملكا له ولا ملكا للمستحقين، وإنما هو من حق جهة الوقف، وليس لذلك معنى إلا أنه مملوك لهما، وبهنا يظهر أن الوقف تكون له حقوق يطالب بها الناظر عليه، وكذلك قد يقوم الناظر بالإنفاق من ماله في عمارة أعيان الوقف فيكون ما ينفقه حقا له قبل الوقف يرجع به في غلته عند تحصيلها، وقد يشتري له مايحتاج إليه نسيئة بإنذ القاضي فيطلب الناظر بدفع الشمن من غلة الوقف، وإذا عزل صح أن يطالب بذلك بعد عسزله من حل محله في النظر. وإذا صح أيضًا أنَّ يطالب بذلك بعد عزله فذلك لأنه كـالوكيل ترجع حقوق عـقده إليه، فيـدفع الثمن على أن يرجع به علي من حل محله في النظر، ولكن في مال الوقف، وقد جــا، في تنتيح الحامدية من باب الوقف عند آخره: إذا اشترى التيم على المسجد وأعيانه حصيرا له بالنسبة ثم عزل وأقيم منامه آخر في النظر على ذلك كان لبائع الحصير مطالبة الناظر الجديد بثمنها. وكذلك نجد كثيرا من أحكام بيت المال والمنشآت مايظهر أن المرجع فيه إلى مالها من حقوق يجب أن تصل إليها ومايطلب من حقوق تجب لغـيرها قبلها، وإلا فكيف يدار مـــــشـفي مثلا وقف مالكه ووقف على إدارته أعبانها. ألبس يحتاج في إدارته إلى أطبهاء وصيادلة وممرضين وأصناف متعددة من المستخدمين، وكل هؤلاء يستحقسون الأجر على أعمالهم قبـل المستشفى وأعيــانه؟ وإن شئت قلت في غلة تلك الأعيان. ثم اليس يحتماج كذلك إلى أن بشترى له كثير صن الأثاث والأدوات والعقاقير الطبية، فسيكون لبائعها أن يطالب بشمنها، وعندئذ لا يطالب إلا الناظر باعتباره وليها على هذا المششفى؟ ومع كل هذا فسقد يعمالج في المستشفى كمشير من الموسرين بأجر، فتمستحق جهة المستشفى عليهم ذلك الأجر ويطالبون بأدائه ويدفعونه لجهة المستشفى، فيكون من أمواله لا من أملوال الناظر عليه، ومثل ذلك من شئونه وشئون مثله كثيلو. وجميعه يقضى بشبوت الذمة لجسهات لاحباة فيها، ولعل ذلك مبادعا الشافعي والمالكية إلى أن يجعلوا هذه الجسهات أهملا للتملك فأثبتوا ليا بذلك الذمة، إذ لايملك إلا من كان له ذمة وأهلية، ففي أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى الشافعي ما يأتي نصه: ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأوض فسللتيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حمصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة. كسما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيب فيها، فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة ١. هـ (ج٢ ص ١٣٦٥). ومثل ذلك في نهاية المحتاج للرملي الشافعي. وفي منح الجليل للشيخ عليش المالكي مايأتي: سنل ابن زرب عمن تصدق أو وهب لمسجد بعينه، هل يجبر على إخراجه وإنفاذها؟ _ يريد الهبة أو الصدقة _ نقال: يجبر كمتصدق على رجل بعينه. وقال أحمد وابن عبدالملك: يؤمر ولايجبر. يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد وإنما هولجماعة الناس. فهي كـصدقة على غير معين. ا. هـ اج؟ ص١١٤٥. وفيه أيضا: للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص بسبب ميراث مثلا عندما يبيع الشريك. ١. هـ اج٣ ص٥٨٤. فأنت ترى في هذا أن المسجد يشتسري له فيكون مالكا،= يكون كاملا: فهو فى الجنين ناقص. ومن ثم لم يكن الجنين أهلا لـالإلزام، فلا يطالب؛ إذ لافعل له ولا عبارة، حتى يلزمه شىء من هذا الطريق (١)، ولا ولى له (٢)أيضا حتى يلزم بالتزام وليه عنه، ولكن تشبت له بعض الحقوق، فيرث ويوصى له ويستحق فى ريع الموقوف عليه.

وهو بعد الولادة كامل، فيصير المولود أهلا لأن يجب له ويجب عليه، وينوب عنه في ذلك وليه، فيطالب بما يحب له، ويلزم بما يلتزم به وليه عنه، حسب ماسنين من حدود شرعية.

علاقة أهلية الوجوب بإنشاء العقود: وليس لأهلية الوجوب أثر فى إنشاء العنود فقد تكون كاملة، ولا يكون صاحبها أهلا لإنشاء أى عقد، كما في الصبى الذى لا يميز، إنما الأثر لأهلية الأداء.

أهلية الأداء: ويراد بأهلية الأداء، أهلية المعاملة والتصرف، بمعنى أن

⁼ وكذلك بوهب له فيكون مالكا، ويؤخذ له بالشفعة فيملك بها، وكذلك بيت المال، وليس لهذا مرجع إلا ثبوت الذمة لهما ولأمثالهما، قياسا عليهما، وعسى الحنفية أن يقولوا : إن مرجع هذا كله إلى ما لأرباب الانتفاع بهذه المنشآت من حياة، فما كان لها من حقوق فهى في الواقع حقوفهم، وما كان عليها من حق لغيرها فهو واجب عليهم، وما اضطرنا إلى إسناد ذلك إليها إلا عدم تعيينهم وحصرهم، وتعذر مطالبتهم إذا ماوجب الحق عليه، أو قيامهم جميعا بمطالبة غيرهم إذا ما كان الحق لهم، ولولا ذلك ماكان لهذه المنشآت حقوق وما طولبت بحق، إذ إنه راجع في الحقيقة إليهم بحكم أن المنفعة لهم لا لها، إذ لا نفس لها ولا حياة.

وفى رأيى: أنه إن صع لهم أن يقولوا ذلك فإنما يصلح تسعليلا الافتراضنا أن لهذه المنشآت ذمة عملى وجه الاستثناء، الاتعليلا لسلب الذمة عنها، إذ التيجة أن هناك حقوقا تطلب لها قطعا، وهناك حقوقا تطلب منها قطعا، وليس معنى الذمة إلا هذا. وقد ذكر الحنفية في كتبهم أن الوقف الذمة له وفرعوا على ذلك أن المستأجر الاعيان الوقف إذا أمره المولى عليه بأن ينفق عليها مبلغا في عمارتها الضرورية ويقتطع ذلك من الأجرة التي تجب عليه مم انتهت مدته قبل استيفاته جميع ماأنفق فأجرت العين لغيره وأمر المتولى المستأجر الجديد بإيفاء المستأجر الأول بقيمة ماله، ثم توفي المتولى وعين ناظر آخر صار للوقف في يده مال من ربعه، إذا حصل ذلك لم يكن للمستأجر الثاني أن يرجع بدينه على متولى الوقف الجديد، وإنما يرجع به في تركة المتولى السابق، ثم يرجع ورثته على مشولى الوقف الجديد في مال الوقف - ذكروا ذلك - وليس لهسقم طريق الوقاء على هذا وجه، وليس لهسفه الوساطة ضرورة بل ولا موجب، ثم على أي أساس يرجع ورثة المتولى على الناظر الجديد في مال الوقف؟ أليس ذلك الانهم أصبحوا دانين للوقف بقدر ما أخذ من تركة أبيهم؟ وهذا قدر يثبت الذمة للوقف. إنهم لن يستطيعوا أن يتجنبوا ذلك مع فروعهم الكثيرة الدائة على المطالبة من الوقف والمطالبة للوقف.

⁽١) ريرى الحنابلة أنه يطالب في ماله بنفـقة أمه، بل لقد ذهب بعـضهم إلى مطالبته بنفقـة أقاربه الذين تجب لهم النفقة على مثله كما تجب زكاة النطر في ماله، راجم القواعد لابن رجب ص ١٧٨.

⁽٢) لايقام على الجنبن وصى، ولكن يصح أن ينصب له أمين للسمحافظة على ما احتجز له من أموال. وذلك خلاف ما تقضى به المادة الثالثة من قانون المجالس الحسيبة من إقامة وصى على الجنبن، اتباعا لرأى بعض الفقهاء.

يكون الإنسان صالحا لأن يلتزم بعبارته فيكون مؤاخذا بها، ويطالب بمقتضى هذا الالتزام. ولأن ينشئ مع غيره عقودا يكتسب بها حقوقا يطالب غيره بها بناء على هذا التعاقد. فشبوت أهلية الأداء يستلزم صحة التصرفات القولية، ومن ثم ترتبت النتائج الآتية:

(۱) إن المجنون والصبى غير الميز لا يتصفان بأهلية الأداء، إذ لا أثر لعبارتهما كما سيأتى، وإن كانت أهلية الوجوب فيهما كاملة لما قدمنا.

(۲) إن البالغ العاقل كامل الأهليتين: أهلية الوجوب «لأنه أهل لأن يجب
 له ويجب عليه» وأهلية الأداء «لمؤاخذته بعبارته وترتب آنارها عليها».

إن ثبوت أهلية الأداء يستلزم ثبوت أهلية الوجؤب، دون العكس؛ ذلك لأن مناط ثبوت أهلية الأداء صحة العبارة وترتب آثارها، وليست هذه الآثار إلا حقوقا تطلب ممن أصدرها، وحقوقا يطلبها هو ممن وجهها إليه، وذلك ماتتحقق به أهلية الوجوب، أما أهلية الوجوب فمناطها الحياة، وقد يكون الحي غير صحيح العبارة لفقدان تمييزه كالمجنون.

مناط أهلية الأداء: مناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز، ويراد بالتمييز معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بيا العقود، والعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش ويسيسر، ولا اعتداد بشىء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولابتمييزه.

أنواع أهلية الأداء: وأهلية الأداء نوعان: كاملة وناقصة، وذلك بحسب كمال العقل ونقصانه، فتكون كاملة في البالغ العاقل، ولذا كان كامل التصرف في أمواله، يتصرف فيها كما يريد غير مقيد بقيد إلا مايقيده به الشارع، إما لعدم الإضرار بحقوق غيره من دائن أو وارث، عندما يحجر عليه بسبب الدين، أو عند مرضه مرض الموت، وإما لمنع الأذى والضرر عن نفسه عندما يحجر عليه بسبب السفه أو الغفلة كما سيأتي تفصيله.

أهلية الأداء الناقصة: وتكون ناقصة فيمن كان عنده أصل التمييز ولم يكمل عقله، إما لعدم بلوغه السن، وإما لآفة أصابته، كعته، والأول هو الصبى الميز، والثانى هو المعتوه الميز، فهولاء هم ضعيفو الأهلية أو ناقصوها، أما

الصبى الذى لايمينز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية لفقدهم التمييز، ويلحق بهؤلاء فى بعض الأحكام المحجور عليه للسفه أو للغفلة أو للدين، وكذلك المريض مرض الموت. وهاك أحكام عقودهم.

أطوار الإنسان فى أهليته: للإنسان بالنسبة إلى أهليته أربعة أطوار، فيكون أول أمره جنينا (حملا فى بطن أمه) ثم يولد، فيكون صبيا غير مميز، ثم يجيئه بعد ذلك التمييز فيكون صبيا مميزا، ثم يبلغ الحلم فيكون بالغا.

الجنين: يبدأ الإنسان حياته جنينا، فتكون له حينئذ أهلية وجموب قاصرة مظهرها في ثبوت بعض الحقوق له، ولايثبت له شيء منها إلا عن طريق الوراثة أو عن الروقف عليه، ويشترط في ثبوت ذلك له أن يولد حيا، ويتحتق ذلك بظهور أكثره حيا، ولايضير أن يموت إثر ذلك مباشرة، فإذا ظهر ميتا تبين أنه لم يكن له حق في ميراث ولا في وصية ولا في وقف، ويصير كل ذلك لمن يستحقه على فرض عدم وجوده أصلا.

وغنى عن البيان أنه فى هذا الطور لايكون له ولى، ولذا لايثبت له حق إلا فى هذه النواحى الثلاث، لعدم افتقارها إلى قول أو فعل منه أو ممن يلى عليه، أما مايفتقر إلى ذلك من الحقوق فلا يثبت له ولايجب عليه، إذ ليس له فى هذا الطور قول ولا فعل، وليس له مع ذلك ولى يقوم مقامه فى ذلك، وهذا ماعليه أكثر الفقهاء (١).

الصبى غير المميز: إذا ولد الجنين حيا أصبح صبيا لاتمييز له إلى أن يبلغ تمام السنة السابعة، وفي هذا الطور تثبت أهلية الوجوب الكاملة، فتجب له الحقوق قبل غيره وتثبت عليه واجبات لغيره، ويكون له في هذا الطور ولى أو وصى يقوم على إدارة أمواله والتصرف فيها على وفق ماحدد له في ذلك من حدود شرعية ليس من موضوعنا بيانها.

⁽١) قدمنا أنه يجوز أن يعين للحصل أمين يقوم بحفظ ما احتجز له من المال، وأن المادة الشالئة من قانون المجالس الحسية تجوز إقامة وصى عليه، ولم تفرق بينه وبين أى وصى آخر، وعلى ذلك يكون له ما للأوصياء العاديين من إدارة الأموال والتصرف فيها حسب الحدود الشرعية الموضوعية، فإن ظهر حيا تبين أن تصرفه صادف مالا مملوكا لموليه، وإن ظهر مينا تبين أن تصرفه صادف أموالا مملوكة لغير موليه. فيكون تصرفه فيها كتصرف الفضولي موقوفا أو باطلا على الخلاف في ذلك.

وليس له فى هذا الطور عبارة معتبرة، بل تكون جميع أقواله فيه مهدرة لاغية لا يترتب عليها التزام ولا إلزام، فلا ينشأ عنها أى عقد كيفما كانت صفته، وكيف كان نوعه، وإنما يباشر لأجله مايحتاج إليه من هذه العقود من له الولاية عليه. ويستمر هذا الطور، ولاينتهى إلا بتوافر أمرين: بلوغه السابعة من عمره وتمييزه. وأهلية الأداء فيه بنوعها معدومة.

الصبى المميز: يكون الصبى مميزا إذا بلغ السابعة من عصره، وتوافر له معرفة معانى الألفاظ التي تنشأ بها العقود التي يريد إنشاءها وآثارها، وعلم الغبن فيها، فإن لم تتوافر له تلك المعرفة، ولم يعلم الغبن فيها، لم يكن مميزا، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة، وإن أدرك شيئا من ذلك.

وينتهى الصبا ببلوغه الحلم، ويعرف ذلك بعلامة من علاماته، كالحيض للأنثى والاحتلام للرجل، فإذا لم تظهر علامة من علاماته اعتبر كل منهما بالغا بتمام الخامسة عشرة من عمره عند أكثر العلماء (١).

غير أن بلوغ الحلم ليس كافيا وحده لتسليم مال الصغير إليه، وإطلاق يده في التصرف فيه عند الصاحبين، بل لابد مع ذلك من إيناس الرشد، لقوله تعالى في أوائل سورة النساء ﴿وابتلوا اليتامي حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ ولذا رأيا أن الولاية على الصبى المسيز لاتنتهى، ولاتطلق يده في جميع التصرفات، إلا إذا بلغ رشيدا، فإن رشد قبل البلوغ استمرت الولاية عليه حتى يبلغ، وإن بلغ غير رشيد استمرت حتى يرشد مهما كبرت سنه.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله وإن لم يرشد، أما نفاذ تصرفه فيثبت له بمجرد بلوغه وإن لم يدفع إليه ماله، لأنه لايرى الحجر للسفه كما سيأتى (٢).

ولم يجعل الفقهاء للرشد سنا مقدرة دائما، بل يعرف عندهم بالمعاملة والتجربة، ولكن قانون المجالس الحسبية حدد له سنا معينة، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية، والغلام والفتاة في ذلك سواء، فإذا بلغها أحدهما انتهت الولاية الحسبية عليه.

⁽۱) وإلى هذا ذهب الصاحبان وعليه الفتوى، وهو رواية عن أبى حنيـفة وقول للشافعــى وروى عن أبى حنيفة أيضا أن العبرة بتمام الثامنة عـشرة بالنسبة للغلام والسابعة عشرة بالنسبة للفتــاة، وعن بعض العلماه: المعتبر اثنتان وعشرون سنة بالنسبة للعماء وعن بعضهم خمس وعشرون سنة، واجم الهداية والعناية.

⁽٢) راجع الهداية والعناية ﴿جِ٧ ص١٦٦٤.

غير أنه يجب ألا يعزب عن البال أن هذا التحديد المذى صدر به قانون المجالس الحسبية خاص بالرشد في التصرفات المالية، وهى ماكان محلها المال مباشرة، أما غيرها من التصرفات كالزواج والطلاق فقد بقى الرشد غير محدد بسن خاصة، بل يرجع في تعرفه إلى المشاهد والتجربة، وعلى ذلك فانتهاء الولاية بالنسبة لها يراعى فيه الخلاف المذكور آنفا، وهو أنها تنتهى بالبلوغ وحده أم بالبلوغ مع الرشد ولو لم يصل المولى عليه إلى إحدى وعشرين سنة، وعند ذلك ينفذ كل من زواجه وطلاقه دون رجوع إلى رأى أحد.

والصبى فى هذا الطور ـ طور التمييز قبل الرشد ـ له أهلية وجوب كاملة كما قدمنا، وله كذلك أهلية أداء قاصرة، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة فى بعض التصرفات، اكتفاء بإرادته فيها لأن منفعته فيها محققة ومهملة لاغية فى بعض آخر منها بالنسبة له؛ لأن ضرره فيها محقق أو الشأن فيها كذلك، فلم تعتبر له فيها بسبب ذلك إرادة ولا عبارة ، لقصور وزنه ورضاه. وقد تتوقف صحتها واعتبارها على أنه تعضدها إرادة أخرى رشيدة هي إرادة الولى عليه، فإذا انضمت إلى إرادته ظهر أن وزنه صحيح، وإذا خالفته ظهر عكس ذلك فتلغو عبارته، وذلك فى العقود التي تتردد بين أن تكون نافعة أو صارة بحسب الشأن فيها، ولذا انقسمت العقود أو التصرفات بالنسبة له ثلاثة أقسام:

الأول: التصرفات النافعة نفعا محضا، كعقبول الهبة وقبول الكفالة وقبول الرصية، وهذا النوع يصح بعبارت وينفذ دون حاجة إلى إجازة عن له الولاية عليه؛ ذلك لأن عبارته صالحة في ذاتها لإنشاء العقبود. ولذا صلح لأن يكون وكيلا عن غيره في جميع عقوده وتصرفاته. وليس في هذا النوع من التصرفات ضرر به، فلم يكن ثمة في حاجة إلى الاستعانة بغيره، وفي الحكم بصحتها منفعة له، فلذلك صحت ونفذت.

الثانى: التصرفات الضارة ضررا محضا، بحيث يكون من أثرها النقص لا الزيادة كالتبرع بجميع أنواعه من هبة ووصية (١) وكفالة ووقف،

 ⁽١) تنص المادة الحامـة من تاتون الوصية رقم ٧١ لـــة ١٩٤٦ على أنه يشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع قاتونا.
 ومعنى ذلك أن يبلغ من العــمر ٢١ سنة ميلادية، كـما يقضى بذلك قانــون المجالس الحسيــة مادة ٢٩ منه، وأن
 يكون مع ذلك رشــيدا. . وبناء على ذلك فــلا تصح الوصيــة عمن لم يبلغ هذه الــن ولو كــان بالغا رشــيدا، =

وكالطلاق ^(۱) والإعتاق. وهذا النوع لاينعقد بعبارته، فلا ينقلب صحيحا بإجازة من له الولاية عليه، لأنه ضار به فى الجملة فلا يلزم به، سواء باشره هو أم باشره عنه وليه، وإذا لم يكن لوليه مباشرته ابتداء لم يكن له حق إجازته انتهاء.

الثالث - التصرفات التي من شأنها أن يكون من ورائها ضرر، كالبيع والشراء والإجارة وسائر المعاوضات والنكاح، وعبارة الصبى الميز صالحة لإنشائها لما فيها من توافر القصد إلى معانيها، ودلالتها على وجود الإرادة في إنشائها. وقد اعتبرت هذه الإرادة نظرا لما قد يسترتب على هذه العقود من المنفعة في بعض الأحوال، ولكنها مع ذلك لا تنفذ إلا بإجازة الولى أو الوصى، لأنها وليدة عقل فيه نقص وإرادة بها ضعف، ولا يدرى أفيها خيره أم ضرره، فلابد من أن ينضم إلى عقل الصبى الناقص وإرادته الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية، حتى إذا رؤي أن في التصرف خيره أجيز فنفذ، وإلا رفض فبطل (٢).

وقد علمت أن النظر في ذلك إنما هو إلي طبيعة هذه العقود، فروعى الشأن فيها دون التنفات إلى واقعة العقد الذي باشره الصبي وإلى ظروفها، فإذا كان هذا العقد من النوع الثالث مثلا توقف نفاذه على إجازة وليه أو وصيه. وإن كانت فيه المنفعة واضحة ظاهرة، وذلك كبيعه بأضعاف القيمة وكشرائه بنصف القيمة (٢).

⁼ غير أن القانون أجاز لمـن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمــــية أن يوصى بإذن من المجلس الحــبى. راجع المادة الخامــة.

⁽١) قال شمس الأثمة: طلاق الصبى المميز واقع إذا دعت إليه حاجة، الا ترى أنه إذا أسلمت امرأته يعرض علم الإسلام فإن أبى قرق بينه وبين امرأته وهو طلاق عند الطرفين، وإذا ارتد فرق بينه وبين امرأته وهو طلاق عند محمد ا.هـ. من شرح الأنوار «ج٢ ص ٢٠٥٨».

⁽۲) إذا رأى الوصى أو الولى الصغير المعيز يبيع أو يشترى فسكت عن ذلك لم يكن سكوته رضا عند الحنفية، وللمالكية في ذلك رأيان: رأى يقضى بأن فعله في هذه الحال كفيعل الولى أو الوصى، ورأى يقضى بأنه غير لازم، فإن كان فيه مصلحة لزم المحجور وإلا نقض وأعيدت الحال إلى ماكانت عليه من قبل المعند إن أمكن ذلك، فني البيع يسترد المبيع إن كمان قائما وقيمته إن حلك، فإن تعذر الرجوع على المشترى بالقيمة كان الوصى ضامنا لتقصيره بعدم منعه حين رآه يبيع . حطاب هج على ٢٤٧٠.

⁽٣) وتقسيم العقود التى يباشرها الصبى هذه القسمة المثلاثية يجرى عليه العمل الآن مادام الصبى غير بالغ. فإذا بلغ تحت له أهلية الأداء كاملة على الخلاف الذى أشرنا إليه. ولكن قانون المجالس الحسبية فى هذا الحال لايعترف له بها فى جسميع العقود المالية؛ لأنه لم يبلغ سن الرشد، فلا يزال فى نظره بالنسبة لها ذا أهلية أداء نافسة، فيستمر حكم مباشرته لها على الوجه المذكور، حستى يبلغ الثامنة عشرة من عمره، فإذا بلغها منحه القانون أهلية أداء كذلك بالنسبة إلى الأمور الآتية نقط:

١ ـ تسلم أمواله وإدراتها بنفسه.

۲ ـ تبض دخله والنصرف نيه

وإجازة هذه العقود لاتكون صحيحة إلا إذا كانت بمن يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء، فإن لم يكن يملكه ابتداء لم ينفذ بإجازته انتهاء، وبناء على ذلك إذا باع الصغير المميز شيئا من ماله بغبن فاحش كان هذا البيع باطلا، فلا يصح بإجازة الولى، لأنه لايملك أن يسيع ابتداء بالغبن الفاحش، فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته (۱).

وعا لاشك فيه أن وضع الأمور الحسة هذا الوضع جعلها ذات مرونة تحتاج معها إلى التحديد. ، إذ إنها بوضعها هذا يمكن أن تتاول كثيرا من التصرفات والعقود ، فإن إدارة الأموال تتناول استثمارها بواسطة التجارة والصناعة . وناهيك بما ينطله ذلك من التصرفات والعقود المتعددة الأنواع ، والتصرف في الدخل يتناول أن يشترى به عقارات وأوراقا مالية ، وزراعة الأرض تستلزم شراء البذور والأسمدة وآلات الزراعة واستئجار العمال ، وكذلك الحال فيما تقتضيه أعمال الصيانة والترميم اللازمة للعقارات ، وهذا بجملته قد يشعارض مع مافضت به المادة ٢١ من القانون . فإنها توجب على الوصى استثنان المجلس في شزاء العقارات أو بيعها . وفي بيع الأوراق المالية ورهنها ، وفي إجراء الصلع ، وهذه الأعمال قد تقتضيها الأمور الحسة السابقة ، فتكون في سلطان الصبي بدون حاجة إلى إذن ومن البعيد أن يلزم الوصى بالاستثنان في تصرفات تعطى لموليه من غير استشذان ، فهل المراد إطلاق التصرف للصبي في الدخل ولو أدى ذلك إلى شراء العقار ويسعه مع إيقاء التيود الخاصة بالوصى؟ أو أن المادة ٢٩ استثناء ، المعجب أن يراعي تقييدها بما تقتضيه المادة ٢١ ولو من طريق الإشارة واللزوم؟ وقد يقال: إن المادة ٢٩ استثناء ، والاستثناء لا يسوسع فيه فيجب ألا يعطى بها الصبي ما لايعطى الوصى، كما يمكن أن يقال: إن التيود الواردة بالمادة ٢١ إنما وردت في رأس المال، والإطلاق الذي تقضى به المادة ٢٩ إنما هو في الدخل. وعلى كل حمال بالمادة ٢١ إنما وردت في رأس المال، والإطلاق الذي تقضى به المادة ٢٩ إنما هو في الدخل. وعلى كل حمال فذلك من سوه الوضم. والفكرة القانونية تميل إلى التهيد.

(۱) هذا ماذهب إليه الصاحبان، وفي كشف الأسرار على المنار وشرحه نور الأنوار في باب الأهلية وعوارضها: مايدل علي أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يرى أن يبع الصبى المسيز وشراه مع الغبن الفاحش صحيح نافذ بإجازة وليه، على الرغم من أن وليه لايملك ذلك وحده، وفي كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدرى وليه، على الرغم من أن وليه لايملك ذلك وحده، وفي كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدرى إشارة إلى ذلك، وقد علموا هذا بأن عبارة الصبى الميسز صالحة لإنشاء العقود، وأنه لوجود التمسيز عنده أهل لإنشائها، وإنما توقف إنشاؤه إياها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر لقصور رأيه وضعف وزنه. فإذا انضم إليه رأى وليه صار مجبورا به والتحق بالبالغ، فينعقد لذلك تصرفه بالغبن الفاحش. ولكن بشرط أن يكون مع غير الولى. أما إذا تصرف مع الولى نفسه فعن أبى حنيفة في ذلك روايتان: إحداهما تفيد النفاذ والجواز؛ لأنه يتصرف بنفسه وبأهليته. ورواية تفيد المنع لأن شبهة نيابته عن الولي في هذا التصرف قائمة، وذلك لحاجته إلى رأى وليه بسبب قصور رأيه، فكان لهذه الشبهة اعتبار في موضع التهمة، وهو بيعه لوليه أو شراؤه منه فلم يجز لذلك ولم ينفذ وعلى هذا فلا فرق عند أبى حنيفة: بين الإجازة اللاحقة والإذن المبابق.

⁼ ٣ .. التأخير لمدة لاتتجاوز سنة.

٤ _ زراعة أطياته.

و _ إجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة. ويستمر قاصرا فيما عدا ذلك، راجع مادة ٤٢٩، من القانون.

وما يتوقف من عقود الصبى على إجازة وليه ينفذ بإجازته بعد بلوغه إذا بقى كذلك، أما مايقع باطلا ابتداء فلا يصح بإجازة أحد (١).

البالغ العاقل - إذا انتهى دور التمييز بالبلوغ مع الرشد «كسما هو مذهب الصاحبين» أو بالبلوغ فقط مع العقل كما هو أمنه الإمام فإنه يتم لصاحبه حيئذ أهلية الأداء، فتكون كاملة فيه، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة في جسيع العقود والتصرفات على مابينا من قبل، ويستسمر له ذلك إلى الموت. ولكن هذه الأهلية قد تتأثر بعوارض تعرض له في هذه الفترة، فتذهب به كلية أو تنقصها.

عوارض الأهلية: إذا بلغ الإنسان رشيدا كانت أهليته للأداء كاملة، ولكن قد يعرض له ما يؤثر ولكن قد يعرض له مايؤثر فيها، فتزول معه أو تنقص، وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع أن يحد من تصرفه، فإذا كان العارض بما يزيل العقل لا إلى أمد أعدمها، كالجنون والعته التام، وإذا كان مما يضعف ولا يذهب به نقصها كالعته الذى لا يعدم التمييز، وإذا كان لا يؤثر في العقل ولكنه يفسد التدبير، لم يؤثر في الأهلية. وإنما يستوجب حدودا لا يتعداها صاحبه محافظة على ماله. وهذه الحدود قد يكون لها من الأثر مثل ما يكون للأهلية الناقصة، وذلك كالسفه والغفلة، وإذا كان لا يفسد التدبير ولكن يظن معه الخوف على حقوق الغير، كمرض الموت كان لا يفسد التدبير ولكن يظن معه الخوف على حقوق الغير، كمرض الموت والدين، فإنه يستوجب من الحدود في التصرفات ما تتوافر به المحافظة على هذه الحقوق فقط.

⁽۱) ولولى الصبى أن يأذنه بالتجارة تدريبا له وتمرينا على المعارضات المالية والصفق في الأسواق، فتظهر بذلك الإذن أهليته في هذا النوع من التصرفات، فيباشره بأهليته حينئذ لا نيابة عن وليه، ولذا يسجوز له أن يباشر كل ماتتطلبه التجارة من تصرف أو تعاقد، ولاينقيد في ذلك بما قد يقيده به وليه؛ لأنه بالإذن ظهرت أهليته، وإذا كان أهلا باشر كل عقد بمقتضى أهليته، دون أن يملك أحد تقييده خلافا لاحمد كما في الكشاف وج٢ ص٢٤٠٠ فيفذ ما يباشره من هذه العقود دون حاجة إلى إجازتها من وليه. حتى لقد أجاز له أبو حنيفة في هذه الحال البيع بغين فاحش، بناء على أنه يتصرف بأهليته وقد زال الحجر عنه في هذا النوع من التصرف كما قدمنا، فالتحق في بالبالغين. وخالف في ذلك الصاحبان بناء على أنه ما أذن إلا ليكون ذلك سبيلا إلى نفعه لا إلى ضمره واليع بالغبن ضرر له، وخاصة إذا لوحظ أن ذلك لايملكه وليه، ويرى أحمد أنه يشقيد بما يقيده به وليه، وكما يصح أن يصدر من القاضى ولو أباه الولى؛ لأن مدار ذلك على النظر والتصد إلى تدريب الصبى، ولا يكون من القاضى إلا إذا تحققت له المصلحة في ذلك. وقد خالف في هذا كله أشافعي بناء على أنه لبس لغير البالغ عبارة صحيحة بل عبارته مسلوبة فلا تصح منه العقود ولا تلحقها إجازة كما في نهاية المحتاج قرع قص 18 م 1850.

والعوارض على الجملة هي: الجنون، والعته، والسكر، والنوم، والإغماء، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت.

الجنون _ هو عارض تنتفى معه أهلية الأداء لزوال التمييز معه، ولذا يكون حكم المجنون حكم الصبى الذى لايميز، فهما فى الحكم سواء، غير أن الجنون قد يكون مطبقا وقد يكون متقطعا، فإذا كان متقطعا وكان العقل طبيعيا فى حالة الإفاقة فإن تصرف صاحبه حال الإفاقة يكون كتصرف العاقل الرشيد، وحال الجنون يكون كتصرف المجنون.

السكر _ إذا ذهب السكر بالعقل ذهابا تاما، فقد اختلف فيه نظر العلماء، ففريق منهم نظر إلى السكر في ذاته، فوجد أنه يذهب بالإرادة والقصد كالجنون، فأبطل معه العبارة ولم يرتب عليها قصدا ولا التزاما، لافرق عندهم بين سكر بسبب مباح وسكر بسبب غير مباح، وإلى هذا مال ابن القيم، وهو رأى فريق من المالكية، ونظر الجمهور الى سبب السكر، فإن كان مباحا فالحكم عندهم كما قدمنا، وإن كان حراما فالحكم صحة عبارته، فتصح بها كل العقود والالتزامات كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والطلاق والزواج والرجعة. وذلك زجرا له وعدم اعتراف بما أقدم عليه من منكر، وعليه فله أهلية أداء كاملة، وذهب أحمد في رواية عنه، وكذا الطحاوى والكرخي من الحنفية. إلى أن طلاق السكران مطلقا غير واقع، وعلى ذلك العمل الآن في المحاكم الشرعية.

النوم ـ النائم حال نومـ كالمجنون حـال جنونه، فليس له عبـارة معتـبرة، وكل ما يصدر عنه من قول في هذه الحالة لغو؛ لعدم قصده وإرادته، ولأنه عارض طارئ ومؤقت كان زوال أهلية الأداء به مؤقتا، بالنسبة إلى العقود والالتزامات.

الإغماء _ والمغمى عليه حال إغمائه، كالنائم حال نومه، لافارق بينهما في جميع العقود والالتزامات لعدم قصده وإرادته أيضا (١).

⁽۱) لابعد الحنفية النبيان من عوارض الأهلية فلا تأثير له فى صحة عبارة الناسى إذا مادلت على إنشاء عقد والتزام وإن قالها ناسيا لمعناها، وعلى ذلك فجميع عقود الناسى صحيحة ملزمة له عند الحسفية، ولا يصدق فى ادعائه النبيان أو الغفلة. وإذا صدقه فى ذلك من تعاقد معه كان العقد قاسلا لاتفاقها على انعدام الرضا فيه. وذهب الشافعي إلى أن عبارة الناسى إذا صدرت منه ناسيا لمعناها كانت عبارة مهملة لايترتب عليها أثر . ١، همن الأشباه للسيوطى.

العته: المعتوه من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير، لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، والعته إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن، وحكمه حكم المجنون المطبق جنونه، فليس له أهلية أداء، ولاتصح منه عبارة، وإن لم يذهب بالتمييز فحكمه حكم الصبى المميز لايختلف عنه في شيء فلم أهلية أداء ناقصة.

السفه: السفه عدم الإحسان في تدبير المال، وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع، وعلى الجملة يراد به إنفاق المال وإتلاف فيما لايرضى عنه العقلاء من ذوى الحكمة والدين، ولايراه أبو حنيفة موجبا للحجر، وعلى ذلك فعقود السفيه عنده وتصرفاته كعقود الرشيد وتصرفاته، إذ في الحجر عليه إهدار لآدميته محافظة على ماله، وآدميته خير من ماله. ولايضيع الأعلى للأدنى، ويرى الصاحبان أن يحجر على السفيه مراعاة لمصلحته وإعانة له محافظة على ثروته، وعلى القولين ليس للسفه تأثير في أهلية أداء السفيه، فأهليته للأداء كاملة، وإنما يقتضي السفيه عند الصاحبين الحجر عليه في بعض التصرفات والعقود محافظة على ماله كما قدمنا.

وتحقق السف كاف في اعتباره محجورا عليه دون حاجة إلى قضاء بذلك، وإذا زال السفه زال الحجر، كما هو الحكم في عارض الجنون. وهذا عند محمد. وذهب أبو يوسف إلى أنه لايعد محجورا عليه إلا من وقت توقيع الحجر عليه من القاضى، ولا يرفع الحجر إلا إذا رفعه القاضى بعد أن يثبت لديه زوال السفه.

عقود السفيه وتصرفاته: وعلى ذلك تكون تصرفاته قبل توقيع الحجر عليه عنده كتصرفات الرشيد. أما بعد الحجر عليه فإنه يكون في تصرفاته كالصبي الميز، لا يختلف عنه إلا فيما يأتي مادام الحجر قائما.

- (۱) يصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته، غير أنه إذا سمى مهرا لم يلزمه إلا في حدود مهر المثل فلا يزيد عليه، ولو أذن له القيم في ذلك.
- (٢) يجوز له أن يتف ماله على نفسه ثم من بعده على ذريته؛ لأن ذلك التصرف يتلاءم مع مافرض عليه من حجر؛ إذ الوقف نوع من الحجر.
- (٣) تجوز وصيته بالثلث في وجوه البر، لأن ذلك من العبادة وهو أهل لها،

لتمام تكليفه وأهليته. فلو أوصى في غير هذه السبل كانت وصيته باطلة، كالوصية لأهل الفسق (١).

الغفلة: ذو الغفلة هو الذى لايهتدى إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف لذلك عند أبى حَيْثُة، فهو فى تصرفه كالرشيد، ويرى الصاحبان الحجر عليه، وحكمه عندهما كحكم السفيه، لايختلف عنه فى شىء، وإلى الحجر عليه وعلى السفيه ذهب الشافعى ومالك وأحمد.

ذهب الشافعي ومالك وأحمد.

الدين: (لايرى أبو حنيفة أيضا أن يحجر على المدين لأجل دينه)، ويرى الصاحبان أن يحجر عليه، ولاينحجر إلا بالقضاء، ولا يقضى عليه بالحجر، إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله (١) ولا يتناول الحجر حيث في إلا ما علكه من مال عند توقيع الحجر عليه.

ويترتب على الحجر منعه من كل تصرف فى ذلك المال يضر بدائنيه فقط، فإذا تبرع منه بأى شكل من الأشكال، ولو فى ضمن بيع كان تبرعه موقوفا على إجازة الدائنين، أو سداد ديونهم، أو براءة المدين من بعضها إذا بقى له بهذه البراءة من ماله مقدار ماتبرع به، فإن أجاز الدائنون هذا التبرع نفذ وإن أبطلوه بطل. فإذا وهب جزءا من ماله لآخر كان هذا العقد موقوفا كما بينا، فإذا كانت ديونه ألف جنيه، وماله ألف جنيه، ووهب ماقيمته ١٠٠ جنيه، كانت هبته موقوفة، فإن أجازها الدائنون نفذت وإن أبطلوها بطلت. وكذلك تنفذ إذا قام مدين له بسداد مائة جنيه من دينه على الأقل. أو أبرأه الدائنون من ذلك المبلغ من ديونهم؛ لأنه قد سلم له حينشذ هذا المبلغ، فيتصرف فيه كما يشاء. وكذلك إذا باع فحابى فى بعمه كان للمشترى أن يكمل الثمن إلى قيمة المثل فينفذ شراؤه عندئذ. فإن أبى ذلك كان العقد موقوفا، فإن أجازه الدائنون نفذ، وإن رفضوه بطل.

وذهب مالك إلى الحجر على المدين بسبب الدين فيما يضر بدائنيه، فيمنع من الهبة والتبرع بأى وجه، ومن الوقف مراعاة لحقوق دائنيه من غير حاجة إلى

⁽١) أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ للمحجور عليه لسفه أو غفلة أن يوصى مطلقا بإذن من المجلس الحسى راجم المادة الخامسة.

⁽٢) راجم الفتاري الهندية في باب الحجر.

القضاء بالحجر عليه، فإذا فعل كان لهم حق إبطال تصرفه. وهذا قول في مذهب أحمد اختاره الشيخ تقى الدين بن تيمية الحنيلي. والقول الآخر أن تصرفه نافذ مادام لم يحجر عليه (١).

مرض الموت: مرض الموت هو المرض الذى يتوافر فيه أمران: أحدهما أن يغلب فيه الهلاك عادة. وثانيهما أن يتصل به الموت. سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجى عن المرض، كقتل أو غرق ونحوهما، ويلحق بهذا المرض جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها، ويرى فى العادة أنهم لايفلتون منه، وذلك كما فى المقاتلة عند التحامهم، ومن قدم لقتل من قصاص ونحوه، ومن أشرف على الغرق فى البحر.

وإذا تطاول مرض الموت فإن كان في جميع أوقاته يزداد ويسوء فصاحبه يعتبر مريضا به، ويعطى لتصرفه فيه جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت. وإن وقفت علته فلم تتغير واستمر هذا سنة على الأقل ألحق مامضى بالصحة، ثم لايزال صاحبه يعتبر صحيحا في تصرفاته إلى أن يتزايد المرض. فيعتبر مريضا مرض الموت من ابتداء تزايده فقط، فتثبت لتصرفاته بعد الزيادة حكم تصرفات المريض، إلا إذا عاد المرض فوقف وطالت مدة وقوفه سنة، فإنه حيشذ تعتبر تصرفاته كتصرفات الصحيح وهكذا، وكشيرا ما يحصل هذا في بعض حالات السل والمنلل والجذام.

وبناء على ماتقدم، فإذا أصاب الإنسان مرض لايغلب فيه الهلاك عادة، ثم توفى بسببه، كأن أصابه مغص بسيط، فتوفى به، وقد باشر تصرفا فيه، فإنه لايعد مريضا مرض الموت بالنسبة لهذا التصرف، ويكون حكمه حكم تصرفه حال الصحة. وكذلك إذا مرض إنسان مرضا يغلب فيه الهلاك عادة فتصرف فيه ثم شفى منه اعتبر تصرفه كأنه صادر حال الصحة، ذلك هو المراد عند الفقهاء بمرض الموت.

تعلق الحقوق بالمال حال المرض: وفي هذا المرض يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا ديونهم منه، وحق الورثة ليخلص لهم تملك الثلثين مما يبقى

⁽١) راجع القواعد لابن رجب اص ١٤ ق١١٥.

بعد سداد الديون إن كان هناك ديون. أما الثلث الباقى، فقد جعله الشارع حقا للمريض ينفقه فيما يرى من سبل الخير بواسطة التبرع المنجز فى حال المرض أو بواسطة الوصية، فإن لم ينفقه كله أو لم ينفق منه كان الباقى للورثة.

وإنما تعلقت حقوق هؤلاء بهذا المال في ذلك الوقت؛ لأن هذا المرض سبيل إلى الموت غالبا ومقدمة له فأقيم مقامه في تعلق حقوقهم بمال صاحبه، إذ بالموت تتعلق بالمال حقوق الدائنين والموصى لهم والورثة، غير أن تعلق حقوق هؤلاء بسبب المرض لايمنع أن للمريض حقا في ماله، ففيه نفقاته وعلاجه، ونفقات من تجب عليه نفقتهم. وحاجاته فيه وحقوقه مقدمة على حقوق غيره؛ ولذا كانت عقوده وتصرفاته فيه مراعى فيها كل ذلك، فكل تصرف يمس حقوق غيره ولم يكن حقا له منع منه، وكل تصرف هو من حقه وحاجته الشخصية لم يمنع منه، وذلك إجمال لايغنيك عن التفصيل فهاكه.

(1) حقوق المريض وحاجاته: ذكرنا أن للمريض حقا وحاجة ضرورية في ماله وحقه فيه مقدم على حقوق غيره من دائنين وورثة، ولذا كان له أن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم بالمعروف، لايمنع من ذلك، وكان له أن يأخذ منه نفقات علاجه، وأثمان دوائه، وأن يبيع من ماله في سبيل ذلك ما يشاء،وتصرفه في هذه السبيل وعلى هذا الوجه تصرف صحيح نافذ، ليس لدائن أو وارث حق الاعتراض عليه إلا إذا حابى في بيسعه أو شرائه، فإن محاباته حينئذ.تعتبر تبرعا في مرضه، فتأخذ حكم تبرعات المريض على الوجه الذي سنبينه.

وكذلك له أن يتزوج فى مرضه غير أنه لايلزم بأكثر من مهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعـا لزوجه حكمه حكم الوصية، وكذلك له أن يطلق زوجـه فينفذ زواجه وطلاقه.

(ب) حقوق الدائنين: ويلي ذلك حقوق دائنيه فتتعلق بماله ليستوفوها منه، ولذا كان تعلقها به من ناحيته المالية فقط، فلا يضيرهم أن يستبدل المريض بأمواله غيرها مادام في البدل قيمها، وعلى ذلك فله أن يبيع من أمواله مايشاء بقيمته، وأن يشترى في مرض موته مايشاء بقيمته، لا يحجر عليه في شيء من

ذلك بالنسبة للدائنين مادام ذلك لايضر بحقوقهم، وإنما يضر بها إذا كان في تصرفه غين، ولو كان يسيرا متى كانت ديونهم مستغرقة. وعند ذلك لاينفذ تصرفه إلا برفع الغين أو بإبراء الدائنين من ديونهم أو بتنازلهم عن بعضها إذا كان من وراء هذا التنازل أن يسلم للمريض من أمواله مايسع ثلثه عند الوفاة هذا الغين (١). أما إذا كانت ديونهم غير مستغرقة فإن الغين يكون مقبولا بشرط ألا يزيد عند الوفاة على ثلث مابقى بعد سداد الديون، وذلك بعد أن تضاف إليه جميع التبرعات في المرض والوصايا.

تصرف المريض في المنافع: ولتعلق حقوق الدائنين بأعيان التركة من ناحيتها المالية فقط، لا يمنع المريض من أن يتصرف في منافع أمواله، وأن يحابى في تصرفه فيها عند الحنفية (٢) إذ لا تعلق لحقوق الدائنين بمنافع الأعيان؛ لأنها ليست أموالا عند الحنفية، ولذا يجوز له أن يؤجر منزلا بأقل من أجرة مثله بغبن فاحش، وأن يعيره لمن يريد، وأن يضارب بماله مع أى شخص وبأى ربح، لا يجوز للدائنين أن يعترضوا على شيء من ذلك. وثمة سبب آخر لجواز ذلك، هو أن التصرف في المنافع ينتهى بالوفاة، وجميع تصرفات المريض حال حياته نافذة، وإنما يترقف منها عند وجود سبب التوقف مايسقى بعد الوفاة، وإجارته وإعارته ومضاربته تنتهى بوفاته. وهي نافذة في حياته شأنها في ذلك شأن كل تصرف يصدر منه.

الضابط العام لتصرف المريض في الأعيان: وعلى الجملة لايجوز للمريض مرض الموت إذا كان مدينا أن يتصرف في أمواله تصرف ينقص منها إذا كان هذا التصرف يضر بدائنيه فلا يجوز له أن يهب شيئًا، ولا أن يقفه، ولا أن يحابى في المعاوضة فلا يبيع بغبن ولايشترى بأكثر من ثمن المثل ولا أن يوصى

⁽١) وعلى ذلك إذا باع مريض مدين بدين بوازى أملاكـه فى القيمـة دارا له بألف جنيه وكانت تســاوى ألغا ومائتين فإن البيع يكون موقوفا ولاينفذ إلا فى الاحوال الآتية:

١ ـ أن يبرئ جميع الدائنين الميت من ديونهم.

٢ ـ أن يتنازلوا عن ٦٠٠ جنيه من ديونهم، ليكون الغبن وهو مائتان ثلث الباقى بعد الدين لدى الوفاة حتى يتوافر
 للورثة حقهم وهو الثلثان، فإن تنازلوا عن أقل من ذلك احتجنا إلى إجازة الورثة فيما يزيد على الثلث الباقى عند الوفاة.

٣ ـ أن يتبرع شخص بسداد ٢٠٠ جنيه من ديونهم للعلة السابقة فإذا تبرع بأقل احتجنا إلى إجازة الورثة،

٤ _ أن يتملُّك مالا جديدا يخرج الغبن من ثلثه عند الوفاة.

و كذلك ينفذ إذا ما كمل المشترى الثمن إلى ثمن المثل لارتفاع الغبن حبتنذ فإقا زاد الثمن ماتتى جنبه نفذ البيع.

⁽٢) خلافا لمن يجعل المنفعة من الأموال كالشافعية والحنابلة فإنهم يجعلون التصرف فيها كالتصرف في الأعيان. راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع في كتاب الإفلاس.

بشيء من أمواله متى كان ذلك ضارا بدائنيه، فإن فعل شيئًا من ذلك كان تصرفه نافذا حـال حياته؛ لأنه تصـرف صادر من أهله في محله، ولم يتـحقق أن المرض مرض موت؛ لأن ذلك لايعلم إلا باتصال الموت به، فيستمر نافذا إلى وفاته، فإذا توفى تأكدنا أن المرض كان مرض مـوت، وأن المريض تصرف في مال تعلق به حق الدائن، وحق الدائن مقدم. فإن كان الدين مستغرقًا اعتبرت تلك التصرفات موقوفة من حين صدورها، مراعاة لحق الدائنين، فإن أبرأوا المدين من ديونهم ظهر حق الورثة في ثلثي ماترك، فينفذ من تلك التـصرفات بقدر الثلث، وهو ما أعطاه له الشارع، وتتـوقف في الثلثين على إجـازة الورثة، فـإن أجازوها نفــذت، وإن رفضوها بطلت، وإن لم يبرئ الدائنون المتـوفى وطالبوا بــداد ديونهم بطلت تلك التصرفات جميعها من حين صدورها(١). وإن كان الدين غير مستغرق، وقد بقى من مال المريض مايفي بالديون جميعها سددت منه الديون، ثم رجعنا إلى مايبقي بعد ذلك، فإن كان ضعف المتبرع به أو يزيد نفذت جميع تبرعاته فاستمرت نافذة من وقت صدورها. وإن كان أقل أبطلنا من تبرعه حتى يكون مايبـقى للورثة ضعف ما أبقينا من التبرع، وكان ذلك الإبطال من وقت مباشرة المريض لها. وإن لم يبق من ماله مايفي بديونه دفع أولا في ديونه مابقي من تركته، ثم استرد من تبرعاته مايفي ببقية ديونه بعد إبطاله من وقت صدوره، ولو أدى ذلك إلى استغراقها، مادام الدائنون قائمين على سداد ديونهم، فإن سددت وبقي بعد ذلك شيء من التبرعمات كان للورثة أن يبطلوا ثلثيمه ويتملكوهما حتى لايكون للمستبرع لهم إلا نصف ما للورثة، كما يكون لهم حق الإجازة فينفذ مابقي من تبسرعات المتوفى بعد سداد الديون.

حــ حقوق الموصى له والورثة: ويلى حقوق الدائنين حقوق الموصى له والورثة، وهم فى درجة واحدة (٢)، غير أن حقوق الموصى لهم ومن فى حكمهم تتعلق بثلث الباقى بعــد سداد الدين شائعا فى التركة

⁽١) راجع كشف الأسرار ونور الأنوار في المرض من عوارض الأهلية .

⁽٢) حق الموصى له وحق الوارث يكونان فى درجة واحدة، إذا كانت الوصية بجزء شائع فى التركة كخمسها أو ربعها، أو كانت وصية مرسلة بمقدار من المال كالوصية بالله جنيه، أو بما يحصل عليه بالمال كالوصية لفلان بشاة وليس فى التركة غنم وكالوصية بأن يشترى لقلان سيارة. وأما إذا كانت الوصية بعين معينة كالوصية بهذه الدار أو كانت بجزء شائع من عبن معينة كالوصية بثلث هذا القمح فإن حق الموصى له يتقدم حق الورثة فى تلك العبن فلا يكون لهم منها شىء إلا بعد استيفاء الموصى له حقه منها مادامت الوصية نافذة مستوفية شرائطها حتى إذا هلك يكون لهم منها شيء لم يوثر ذلك فى مقدار ما أوصى به منه وكان الهلاك على التركة وحدها دون الوصية وفى هذا تفصيل يرجع إليه فى محله من الوصية.

وحقوق الورثة تتعلق بثلثى الباقى، ولذا كانت التركة بعد سداد الدين مقسومة بينهم: للموصى لهم ومن فى حكمهم حقوقهم لاتتجاوز ثلث الباقى إلا برضا الورثة، وللورثة مايبقى بعد ذلك. ولهذا إذا تجاوزت الوصية أو التبرع فى مرض الموت ثلث مايتركه المتوفى بعد سداد الدين كان نفاذ الزائد على الثلث متوقفا على إجازة الورثة، فإن أجازوا بعد الموت نفذ ذلك من وقت نفاذه وإلا بطل.

تعلق الحقوق بمالية التركة وصورتها: وتعلق حق الورثة بمال المريض يعتبر متعلقا بماليته بالنسبة للأجانب عنهم، ولذا لم يكن لهم حق الاعتراض على المريض إذا ما باع لأجنبى شيئا من ماله بمثل قيمته، وكذلك الحكم عند الصاحبين بالنسبة إلى الورثة بعضهم مع بعض.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن حقهم بالنسبة إلى بعضهم مع بعض يتعلق كذلك بصورة المال وعينه، فليس للمريض أن يؤثر بعين منه وارثا دون وارث ولو بقيمتها. ومعنى ذلك أن المريض إذا باع بعض أمواله لبعض ورثته بمثل القيمة أو أكثر منها توقف نفاذ ذلك على إجازة بقية الورثة بعد الموت، فإن أجازوا البيع نفذ وإلا بطل؛ حتى لايخص وارث بخيار أعيان التركة على أى وجه بدون رضا الباقين (١).

(د) إقرار المريض: ذلك مايتعلق بتبرع المريض في مرض موته أو بمحاباته في تصرفاته المالية. فأما إقراره بدين، فإن كان لأجنبي كان صحيحا نافذا، غير أن الدين الثابت به فقط وإن كان بإقرار كتابى وون أي مثبت آخر يكون مؤخر عن غيره من الديون، ويسمى هذا الدين بدين المرض، ويسمى ماسواه بدين المصحة إن ثبت حال الصحة، أو ملحقا به إن ثبت حال المرض.

وعلى ذلك فديون الصحة هى الديون الثابتة بأية حجة فى حال الصحة ويلحق بها فى الحكم كل دين يـ ثبت فى حال المرض بحجة تتعدى، وكذا مـاباشر المريض سببـه حال مرضه عن مشاهدة وعيان. أما دين المرض فهو الدين الثابت بالإقرار وحده حال المرض ولو كتابة.

⁽١) ربناء على أن قبانون الوصية أجباز الوصية للسوارث في حدود الثلث يجوز من باب أولسي أن يبيع المورث بعض تركته لبعض ورثته وإن كان فيه غبن بشرط أن يسعه الثلث.

ويؤدى أولا من التسركة ديون السصحة، فإن بقى شسىء بعدها كان لديون المرض. ثم مايبقى بعد ديون المرض يكون للموصى لهم والورثة على مابيناه.

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينف ألا بتصديق جميع الورثة حتى لابكون الإقرار وسيلة إلى إيثار أحد الورثة بمال. وإلى هذا ذهب أحمد (١)، وذهب الشافعي إلى أن إقرار المريض صحيح نافذ سواء أكان لوارث أم لأجنبى، فلا فرق عنده بين دين يثبت في المرض ودين آخر أيا كان طريق إثباته، ولا فرق بينهما في القوة وطريقة السداد.

ورأى مالك أن كل إقسرار تلابسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع. سواء أكان لوارث أم لأجنبى. وذلك خير الآراء عندى.

والوارث الذى لايصح الإقرار له إلا بتصديق بنية الورثة هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار وورث فعلا عند الوفاة (٢)، فإذا أقر لأجنبية ثم تزوجها ثم مات نفذ إقراره؛ لأن سبب إرثها وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الإقرار، ولو أقر لأخيه وقت المرض، ولم يكن له ابسن ثم ولد له ابن ثم مات نفذ إقراره؛ لأن الأخ لم يرث فعلا عند الوفاة بسبب وجود الابن، ولو أقر لأخيه في المرض وله ابن ثم توفي الابن، تم توفي المريض فورث الأخ لم يصدق في إقراره له إلا إذا صدقه سائر الورثة؛ لأن سبب الإرث وهو الأخوة كان موجودا عند الإقرار، وقد ورث فعلا عند الموت.

وقال أحيمد بن حنبل: الوارث هو من يرث عند الإقسرار لو أن المريض قد توفى ساعته سواء أورث عند السوفاة أم لا، وهذا أوجه لأن التهمة لاتتحقق إلا على هذا الأساس (٣).

⁽۱) راجع الكشاف هج على ص٢٩٣ ومنه تفسهم أن إقراره للأجنبى حال مرضه كإقراره له حال صحته، ولكن لا يستوى الدينان بل يقدم غرماه الصحة فى الاستيفاء على غرماه المرض كما ذهب الحنفية. ويلاحظ أن فانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سوى بين الوصية للوارث والوصية للأجنبى فى الحكم فأجازت المادة ٢٧ منه الوصية لكل منهما فى حدود الثلث كالإقرار للأجنبى فينفذ ويسدد بعد دين الصحة لأن التسرع له فى حدود الثلث نافذ فانعدمت العلة فى توقف الإقرار له على تصديق الورثة. أما إذا كان الإقرار له بدين يتجاوز الثلث فالظاهر أنه لاينفذ فيما زاد على الثلث إلا بتصديق الورثة لأن تبرعه له صقيد بالثلث فتتحقق العلة فيما زاد، وعلى ذلك يتوقف على تصديق الورثة.

⁽٢) أى مع ملاحظة عدم انقطاع وراثته فيما بين الإقرار والوفاة فإن انقطعت بسبب من الأسباب كالبينونة للزوجة ثم عادت بسبب زواج جديد صح الإقرار عند محمد وأبي يوسف في قوله الأخير. زيلعي "ج٥ ص٢٦٦.

خلاصة الباب

الأهلية: الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء. فأهلية الوجوب هى صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق على غيره فيطالب بها، وتجب عليه واجبات لغيره فيطالب بها، ولا تشبت إلا للإنسان الحى، قـتثبت للصغير والكبير على السواء، وتنتهى بالوفاة، ولاتبقى بعدها إلا لضرورة وجود دين على المتوفى فتعتبر باقية إلى أن يسدد تركته، فبقاؤها حينئذ بقدر الضرورة.

وهي نوعان:

- (۱) أهلية وجوب قاصرة، وتشبت للجنين إذا لازمته الحياة إلى حين ولادته حيا، فإن ولد ميتا ظهر أن لم تكن له أهلية، وقصورها من حيث صلاحيته لأن تثبت له حقوق بسبب الميراث من غيره أو الوصية له أو الوقيف عليه فقط، وعدم صلاحيته لأن تجب عليه حقوق، لأنه لاعبارة له، ولا ولاية لأحد عليه في هذا الطور.
- (۲) وأهلية وجوب كاملة، وتثبت للإنسان من وقت ولادته حيا، فيكون صالحاً لأن يطالب ويطالَب بواسطة من له الولاية عليه إلى أن يبلغ فيعقوم بذلك بنفسه، وهذه الأهلية أثر من آثار الذمة، وهي وصف شرعى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له وللوجوب عليه، وليس لهذا النوع من الأهلية أثر في إنشاء العقود.

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لأن يلتزم بعبارته، فينشئ مع غيره عقودا يلتزم بآثارها ويكتسب بها حقوقا، ومناطها التمييز، والمراد به معرفة معانى الألفار التي تنشأ بها العقود، والعلم بآثار تلك العقود، والغبن فيها من فاحش ويسير. ولايعتبر هذا التمييز إلا لمن بلغ السابعة من عمره. وهذه الأهلية نوعان:

- (۱) أهلية قــاصرة، وتثبت للصــبى المميز الــذى أتم سبع سنوات إلى وقت بلوغه عند الإمام، وإلى وقت بلوغه رشيدا عند صاحبيه.
- (٢) وأهلية أداء كاملة، وتثبت للإنسان من وقت بلوغه أو من وقت بلوغه رشيدا على الخلاف في ذلك.

وقد يطرأ على الإنسان بعد ذلك ما يؤثر فى أهليته فيعدمها كالجنون والعته، أو ينقصها كالعته مع التمييز. وبناء على ماتقدم فالإنسان عندما يكون جنينا لاتئبت له إلا أهلية وجوب قاصرة، فإذا ولد حيا تثبت له أهلية وجوب كاملة، فإذا بلغ

السابعة عميزا تثبت له مع ذلك أهلية أداء قاصرة، فصارت عبارته صالحة لإنشاء العقود في الجملة، فإن كانت عقودا نافعة كالهبة له والوصية صح أن يباشرها بعبارته، دون حاجة إلى موافقة من له الولاية عليه، فيقبل الهبة والوصية والكفالة، ولايردها. وإن كانت ضارة له ضررا محضا كالتبرعات والإسقاطات لم يكن له أن ينشئها بعبارته، فإذا باشرها كانت باطلة وإن أجازها وليه، إذ ليس لوليه إنشاؤها استقلالا، فلا يكون له إجازتها، وإن كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات المالية والزواج كانت عبارته صالحة لإنشائها، ولكنها تتوقف على إجازة وليه؛ لأنها في هذه الحال وليدة إرادة ناقصة وتمييز ضعيف، فلابد أن ينضم إليها موافقة وليه حتى تتبين مصلحته فيها، ولذا لاتنفذ بإجازة وليه إلا إذا كانت محتملة النفع أو الضرر، أما إذا تعينت للضرر كالبيع بغبن فاحش فلا تنفذ وإن أجازها الولى.

وتستمر هذه الأحكام إلى بلوغ الصبى، فإذا بلغ كان مطلقا فى جميع تصرفاته، وباشر كل العقود بعبارته، وكانت أهلية أدائه كاملة عند الإمام، واشترط الصاحبان لذلك أن يبلغ رشيدا وإلا استمرت أهلية أدائه ناقصة. ولاتثبت له أهلية الأداء الكاملة عندهم إلا إذا رشد.

وإذا جن بعد ذلك زالت أهلية أدائه مادام مجنونا، فإذا أفاق عادت، وإذا عته فإن ذهب العته بكل تمييزه فحكمه حكم المجنون، وإن أبقى على شيء منه بقيت له أهلية أداء ناقصة، وفي حكم المجنون النائم وقت نومه، والمغمى عليه وقت الإغماء، والسكران بسبب مباح وقت سكره، من حيث إنشاء العقود، فليس لهؤلاء عبارة صالحة عند ذلك، وأما السكران بمحرم فمن العلماء من جعل عبارته صالحة لإنشاء العقود، زجرا وتغليظا عليه، وهم الجمهور، ومنهم من لم يفرق بين الحالىن.

السفيه: السفه إتلاف المال فيما لايرضاه العقلاء من ذوى الحكمة والدين، ولا يراه الإمام موجبا للحجر، فالسفيه كالرشيد عنده إذا تصرف وتعاقد، ويراه غيره موجبا للحجر محافظة على ماله.

وتحتق السف كاف في الحجر عليه عند محمد، وزواله كـاف في ارتفاعه، وعند أبي يوسف لايثبت الحجر ولايرتفع إلا بالقضاء، سواء أطرأ عليه السفه بعد

البلوغ أم بلغ سفيها (١) . فهو قبل القضاء عليه بالحجر كالرشيد، ولا يعود كالرشيد إلا بالقضاء برفع الحجر.

وحكمه حكم الصبي المميز إلا فيما يأتي:

- (۱) يصح منه نكاحـه ورجعتـه وطلاقه وعـتاقـه، وإذا سمى مهـرا لم يزد مايلزمه على مهر مثل من تزوجها.
- (٢) يصح منه وقف ماله على نفسه، وعلى أولاده وذريته من بعده؛ لأن فى ذلك محافظة على ماله.
 - (٣) تصح منه الوصية في سبل الخير؛ لأنها عبادة وهو أهل لها.

الغفلة: المغفل من لايهتدى إلى خيره في البياعات ويسهل خداعه، وحكمه حكم السفيه في كل ماذكرنا.

الدين: لايرى الإمام الحجر بسبب الدين، ويراه الصاحبان، ولايثبت عندهما إلا بالقضاء ولايقضى عليه إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله، ولايتناول الحجر إلا ماكان يملكه عند القضاء به، أما مايملكه بعد ذلك بأى سبب فلا يحجر عليه فيه إلا بقضاء جديد. وإذا حجر على الشخص للدين منع من كل تصرف يضر بحقوق دائنيه، فإذا تبرع كان تبرعه موقوفا على إجازتهم أو على امتالاكه مالا آخر يسع تبرعه أو على إبرائه من الدين.

مرض الموت: هو مايتوافر فيه أمران: غلبة الهلاك عادة، واتصال الموت به، سواء أكان ذلك الموت بسببه أم بسبب آخر، ويلحق بمرض الموت جميع الأحوال التي ينتظر لأصحابها الموت فيها غالبا، كمن قدم لقتل أو أشرف على الغرق بتكسر السفينة مشلا. وإذا تطاول المرض فوقف سنة اعتبر المريض صحيحا، ولايعود اعتباره مريضا إلا إذا زاد المرض.

وفى حال مرض الموت يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا منه ديونهم، وحق الورثة ليخلص لهم تملك ثلثى ماله بعد وفاء الديون، أما الثلث، فقد جعله الشارع من حقه لينفقه فيما يرى من قربات وصلات.

وتعلق حقوق الدائنين إنما هو بمالية التركة؛ ولذا كان الاعتبار بقيمتها المالية، وكان كل تصرف لا يحـس قيمتهـا المالية تصرفا نافـذا، كالبيع والشراء بمثل القـيمة

⁽١) راجع حاشية الشلبي على تبيين الحقائق اج٥ ص ١٩٤٤.

وكالتصرفات في جميع منافع الأعيان كالإجارة والمضاربة والإعارة والشركة، أما إذا مس قيمتها المالية كالهبة والمحاباة في الثمن فإنه يكون نافذا حال الحياة، لعدم التحقق من أن المرض مرض موت، فإذا جاءت الوفاة توقف في قدر مايمس حقوق الدائنين، ويعتبر هذا من وقت صدوره لظهور أنه قد مس حقوقهم من ذلك التاريخ، ويتوقف على إبرائهم. فإن أبطلوه بطل من وقت صدوره، وإن أبرءوا من ديونهم نفذ.

ويكون هذا التصرف ماسا إذا كان مايبقى من مال الميت عند الوفاة لايفى بديون الدائنين. أما إذا كان يه بديونهم فلا يتوقف التصرف حينئذ على إبرائهم لأنه لايمس حقوقهم، وإنما ينظر عند ذلك إلى ما للورثة من حقوق، فإن كان مافى التصرف من غبن أو تبرع لايزيد على نصف الباقى من التركة للورثة نفذ، لأنه لايمس كذلك حقوق الورثة، وإن زاد توقف التصرف فى مقدار الزائد على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم أهل للتبرع، فإن أجازه نفذ، وإن أبطلوه بطل من وقت صدوره.

وتعلق حق الوارث بمال المريض يعتبر تعلقا بماليته بالنسبة إلى تصرفه مع الأجانب عنه اتفاقا، أما إذا تصرف مع وارث من ورثته فكذلك الحكم عند الصاحبين، وخالفهما الإمام، فذهب إلى أنه في هذه الحال يتعلق بصورته، فليس للمريض أن يبيع بعض ماله لوارث له وإن كان بمثل القيمة إلا بإجازة بقية الورثة.

وتعلق حقـوق الدائنين والورثة لايمنع ما للمريض من حق في مالــه، فيأكل منه ويعالج نفسه وينفق على أقاربه ويتزوج بمهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعا.

وإقرار المريض في مرض موته لأجنبي عنه صحيح، وإن استغرق كل ماله، غير أن الدين الثابت به فقط دون غيره من الحجج يعتبر دين مرض، فيؤخر عن غيره عند وفاء الديون من التركة، ويسمى بدين المرض، وإن كان الإقرار لوارث لم ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة حتى لايتخذ الإقرار وسيلة إلى التبرع للورثة.

ويعتبر الشخص وارثا إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار وورث فعلا عند الوفاة، أما إذا لم يقم به سبب الميراث عند الإقرار، ثم حدث بعد ذلك وورث فعلا عند الوفاة، فإنه يعتبر أجنبيا، وكذلك إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار، ولكنه حجب بحاجب، فلم يرث عند الوفاة لم يعتبر وارثا.

باب الولاية

معناها اللغوى: الولاية _ بفتح الواو وكسرها _ مصدر الفعل «ولى» يقال: ولى الشيء يليه وولى عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، وكذلك إذا قام به، فهو ولى عليه فهو وال، ومن هذا أخذ الاستعمال الشرعى.

معنى الولاية شرعا: يريد الشرعيون بها أن يكون للعاقد سلطة شرعية في مباشرة عقده وتوليه، وإن شئت قلت: أن يكون له سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا فتترتب عليهما آثارهما الشرعية.

علاقتها بالعقود: وقد علمت مما مضى أن وجود العقد ونفاذه يتوقف على مايتوافر في عاقده من الأهلية والولاية وشرحنا لك معنى الأهلية، وبينًا أنها نوعان، وأن المتصل منها بإنشاء العقود أحدهما وهو أهلية الأداء، وأن عليها تتوقف صلاحية عبارة العاقد لإنشاء العقد ووجوده فقط، ونريد الآن أن نبين لك أن نفاذ العقود لايتوقف على أهلية عاقديها فقط، فإنها قد تكون كاملة في العاقد ولاينفذ عقده؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإذن فالنفاذ يتوقف على وجود العنصرين معا: أهلية الأداء والولاية؛ وذلك لأن نفاذ العقد ثمرة من ثمرات وجوده، ووجوده يتوقف على أهلية الأداء، فكان نفاذه كذلك متوقفا عليها، ولكنه لابتحقق مع ذلك إلا بتحقق هذه السلطة الشرعية.

أنواعها: وهذه السلطة قد تكون ذاتية ترجع إلى ماقرره الشارع من إلزام الملتزم بما الترم به في أمر نفسه بمثل قوله تعالى في أول سورة المائدة : ﴿ ياأيها الذين آمنوا أوقوا بالعقود﴾ وفي سورة الإسراء ٣٤: ﴿ وأوقوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ﴾ وفي أول سورة الصف: ﴿ كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ﴾ ومثل هذه الأدلة كثير في الكتاب والسنة، وهذه هي ولاية الإنسان على نفسه، فله عند كمال أهليته الولاية التامة على شئونه مالية أو غير مالية، فجميع عقوده وتصرفاته نافذة في حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد منها بقدر مايدفع ذلك الضرر كما سيتضح فيما بعد.

وقد تثبت هذه السلطة لشخص بسبب أمر عارض جعله الشارع عـــلة وسببا لثبوتها، وفي هذه الحال قد تكون أصلية وقد تكون نيابية.

فتكون أصلية إذا ثبتت بسبب الأبوة كولاية الأب أو أبى الأب «الجد». فإنها لم تثبت لهما إلا بسبب أمر عارض. وهو ولادة المولى عليه «الصغير» لهما. وهى مع ذلك ولاية أصلية (١)، فإذا باشرا أمور الصغير باشراها بأهليتهما وولايتهما لانيابة عن غيرهما من قاض أو أى شخص استمد منه هذه الولاية.

وتكون نيابة إذا ثبتت باستمداد من شخص آخر، وذلك كولاية الوصى سواء أكان وصيا من قبل الأب أم من قبل الجد أم من قبل القاضى، وكولاية الوكيل وولاية الإمام^(٢) والقاضى. فإن الموصى يستمد ولايته بمن أقامه سواء أكان أبا أم جدا أم قاضيا ، ولذا تختلف ولايته تبعا لاختلاف ولاية من استمد منه، وكذلك الوكيل يستمد ولايته من موكله، كما سنبين ذلك فيما يأتى، ويلحق به الرسول. وكذلك الإمام والقاضى يستمدان ولايتهما من المسلمين، فكلاهما معتبر نائبا عنهم (٢).

الولاية على النفس: الولاية نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال. فالولاية على النفس هى التي تتعلق بنفس المولى من ناحية تعليمه والقيام عليه من ضم وحياطة وتربية وتزويج، وعليها يتوقف نفاذ ما يتعلق بذلك من العقود التي يباشرها الولى، كعقد تزويجه المولى عليه، ولسنا الآن بصدد بيان أحكامها، وتعداد من تثبت لهم من الأقارب لأننا في موضوع المال والتصرف فيه.

والولاية على المال تختلف أحكامها باختلاف المولى عليه، فإن كان صغيرا دون البلوغ كانت لأبيه ابتداء، ثم من بعده لوصيه. ثم لوصى وصيه وهكذا، فإذا لم يكن أحد من هؤلاء انتقلت إلى جده (أبى أبيه) وإن علا الأقرب فالأقرب، ثم

⁽١) ولذا لايملك كل منهما عزل نفسه منها، راجع الأشباه (ج٢ ص١٩٢٥.

⁽٢) إذا تصرف الإمام في شنون المسلمين أيكون ذلك من قبيل الوكالة عنهم أم من قبيسل الولاية عليهم؟ قولان عند الحنابلة ذكرهما ابن رجب في قواعده، وعلى القول بوكالته لاينعزل بموت أحمد، لأنه وكيل عن الجميع، لا عن الميت فقط، بل ولا عن أهل البيعة وحدهم.

⁽٣) راجع البدائع (ج٥ ص١٩٥٢.

من بعده لوصيه، ثم من بعده لوصى وصيه (١). وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضى أو لوصيه الذي يقيمه لذلك (٢).

وقد حل محل القاضي الآن المجلس الحسبي (٣);

وإن كان المولى عليه مجنونا أو معتوها، وقد بلغ كذلك استمرت ولاية من كان وليا عليه من أب أو جد أو وصى (٤)، وإن أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ وزوال ولاية هؤلاء فرأيان: أحدهما، وهو الراجح أن الولاية تعود إليهم على الترتيب السابق استحسانا، والثانى أنها لاتعود _ وهو القياس _ وإنما تكون للقاضى أو للقيم الذي يقيمه عليه، ونسب بعضهم هذا القول إلى أبي يوسف. والقول

⁽۱) راجع الدر المختار من باب الحسجر وحاشية ابن عسابدين عليه هج٥ ص٢٢» وإذا اجتمع للصغير جدان أحدهما أعلى من الآخر فأوصى الأقرب أى الأدنى منهما كان وصيه مقدما على الجد الأعلى كما قدم وصى الأب على الجد. هذا مايظهر لى ولم أجد مايناقضه.

⁽۲) والحكسة فى إثبات السولاية ليؤلاه صايرجى منهم من صلاح النظر وحسن الاختيار والتقدير إذا ماتصرفوا، ذلك لما توافر فيهم من وسائل الحب والرحمة، فالآب والجد لقرابتهما المستوجبة للحب وكمال الشفقة، ووصيبهما هو مختارهما ومحل تقستهما فكان فى منزلتهما، والقاضى لما اختص به من كمال الطم وحسن التدبير ولما اضطلع به من المسئولية، وفى حكمه وصيه لأنه تحت مراقبته ونظره، ولما كان ترتيبيم فى الولاية على حسب ترتيبهم فيما يرجى منهم من المصلحة للمولى عليه، راجع البدائع اج٥ص١٥٥٠؛

 ⁽٣) وذهب أحمد ومالك إلى أن الولاية على المصغير للأب ثم لوصيه ثم للحاكم ومن يقسيمه ويسمى عند المالكية بسالمقدم ولا ولاية للجد وغسيره من الأقرباء إلا بوصاية. كشاف القناع ٢٩ص٣٢٣ والشرح الكبسير للدودير وحاشية الدسوقى عليه.

وذهب الشافسعي إلى أن الولاية أولا للأب، ثم من بعده للجد، ثم من بعدهما لوصيهــما وهو وصى من مات منهما أخيرا، ثم للحاكم ووصيه. نهاية المحتاج ٥ج٤ ص٣٦٢».

⁽³⁾ إذا بلغ الصغير معتوها أو مجنونا استمرت ولاية من كان وليا عليه حال صغره عند الحنفية والحنايلة والشافعية والمالكية. وكذلك الحكم إذا بلغ سفيها عندهم ما عدا الحنفية فإنه على القول المفتى به فى مذهبهم لابد من القضاء عليه بالحجر ليصبر محجبورا عليه وهو قول أبى يوسف، وعندتذ تكون الولاية لمن يقيمه القاضى، ولكن إذا بلغ رشيدا ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضى عند الحنابلة والمالكية، وعند الحنفية والشافعية. قولان: (قيل تكون الولاية عليه للقاضى ولاتعبود ولاية أبيه عليه، وقبيل: تعود والراجح عندهم عودها). راجع كشاف القناع هج ص ص ٢٢١ه ونهاية المعتاج هج٤ص ٣٦٤، ٣٥٤، والشرح الكبير للدردير هج٣ص ٣٠٤٠. وحاشية الشلبى على الزيلعي هج٥ ص ١٩٤٥.

بعودها إلى محمد، وقيل: بل عودها قول الثلاثة وعدم عودها قول زفر(١).

وإن كان المولى عليه سفيها أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضى أو لقيمه الذى يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجده ولا لوصيهما ولاية عليه (٢)؛ ذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لا لنقص في أهليته، والنظر في صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره.

وأما من عدا هؤلاء من المدينين والمرضى بمسرض الموت والنائمين والمغسمي عليهم والسكاري بسبب هو حلال، فليس لأحد ولاية عليهم، بل الولاية لهم، فيجب أن ينتظر زمن إفاقتهم عند الحاجة إلى العقد أو التصرف.

حكم العقد مع ثبوت الولاية: إذا صدر العقد من عاقد توافرت فيه أهلية الأداء وولاية إصداره كان نافذا فتترتب عليه جميع آثاره الشرعية. وليس لأحد حق الاعتراض على ذلك إلا أن يكون شخصا أضر به العقد فمنعه حقا ثابتا له، فيكون له عند ذلك حق الاعتراض، ويكون العقد لذلك موقوفا، كما إذا باع المالك عينا مستأجرة قبل انتهاء مدة إجارتها، أو عينا موهونة لاتزال في يد المرتبن لبقاء الدين، ففي هذه الحال يتوقف العقد على إجازة المستأجر في الصورة الأولى، وعلى إجازة المرتهن في الصورة الشانية، محافظة على حق كل منهما الثابت قبل العقد، فإذا أجيئ نفذ، كما ينفذ كذلك بانتهاء عقد الإجارة في الصورة الأولى، وبزوال الدين في الصورة الثانية لانتهاء ما أوجب وقفه. ومثل هذا في الحكم تصرف المريض مرض الموت إذا أضر التصرف بدائنه أو بوارثه^(٣) وتصرف المحجور عليه بسبب الدين إذا أضر بدائنه. فإن تصرف يتوقف كذلك على الإجازة من صاحب الحق، أو على زوال هذا الضرر بأى سبب من الأسباب، كان يكون التصرف الضار بيعا مع الغبن فيرتفع الغبن بزيادة الثمن من قبل المشترى، وقد تقدم مثل هذا عند كلامنا على تصرف المريض مرض الموت.

وأما إذا صدر العقد عن ليس له أهلية أداء، فقد علمت أنه يصدر باطلا، وذلك كعقود المجنون والصبى الذي لايميز. وإن صدر من ذي أهلية أداء ناقصة أو ممن ألحق به كالسفيه وذي الغفلة عند الصاحبين، فإن حكمه يختلف باختلاف نوعه، فإن كان ضارا كان باطلا لعدم أهليته بالنسبة له، وإن كان نافعا نفعا محضا

⁽۱) راجع ابن عابدين ^وج⁰ ص۲۰۱، ۲۰۶، ۲۰۵ من كتاب الحجر. (۲) راجع الأشباء والنظائر ^وج۲ ص۷۶.

⁽٣) غَيرِ أنه يلاحظ نفاذ التصرف حال الحياة كما تقدم؛ لعدم الجزم بأن المرض مسرض موت؛ وإذا توفي المريض توقف ابتداء من وقت مباشرته.

كان نافذا لأهليته وولايته بالنسبة له، وإن كان الشأن فيه أن يكون تارة نافعا وتارة غير نافع كان متوقفا على إجازة صاحب الحق فيها على مافصلناه فيما مضى لثبوت أهليته بالنسبة له وعدم ولاية إصداره.

وعلى ذلك إذا صدر العقد من ذى أهلية أداء كاملة فإن أصدره العاقد لنفسه كان نافذا مادام لم يحس حقا ثابتا من قبل كما ذكرنا لثبوت ولايته على مأله، وإن أصدره لغير، توقف نفاذه على ثبوت ولايته على ذلك الغير، فإن كان له ولاية إصداره عنه شرعا نفذ، وذلك كأن يصدر العقد من الأب أو وصيه أو من الجد أو وصيه أو من الوكيل، وإن لم يكن له ولاية إصداره عنه توقف على إجازة من له ولاية إصداره فإن أجازه نفذ وإلا بطل، ويسمى عاقده فى هذه الحالة بالفضولى.

عقد الولى: نريد بالولى هنا من له الولاية على مال غيره من أب أو جد أو قاض أو وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك، وولايته فى عرف الفقهاء تنفيذ قوله على موليه شاء موليه أم أبى (١). ولاتثبت له هذه الولاية إلا إذا كان مميزا كما علمت حتى تتحقق فيه أهلية الأداء، وكذا لاتثبت لكافر على مسلم، ولالمسلم على كافر لقوله تعالى فى سورة النساء (١٤١) ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ (١) وقوله تعالى فى سورة المائدة (٥١) ﴿يا أيها الذين آمنوا

⁽١) راجم رد المعتار فج٢ ص٢٢١. وراجع الدر المختار فج٢ص١٣٣٩. والفتح فج٢ ص١٤١٢.

 ⁽۲) ولهذا اختلفوا فيما إذا أوصى مسلم إلى كافر فجعله وصيباً على أولاده. قيل: تصع الوصاية ويكون وصيا، ولكن يجب على القاضى أن يخرجه منها، وقيل: لاتصع ولايكون بها وصيا.

وكذلك اختلفوا في اشتراط البلوغ لصحة الوصاية، فنذهب بعضهم إلى اشتراطه فلا يكون الصبى وصيا أو قيما؛ لأن المولى عليه لايكون وليا على غيره، وقيل إنه ليس بشرط الصحة، ولكن إذا أقيم الصبى وجب على القاضى إخراجه لعدم كفايته، وإذا بلغ قبل أن يخرجه بقى وصيا ولم يخرجه من الوصاية. أما صلاحة من يقام فليست بشرط صحة، ولكن إذا أقيم من لايصلح كأن يكون غير أمين وجب إخراجه لذلك قولا واحدا. وفي الاختيار، الأوصياه ثلاثة: أمين نادر صالح لما عهد إليه فيه، ومسئله يبقى ولايجوز للقاضى أن يخرجه. وأمين عاجز، ومئله يضم إليه من يكمل نقصه. وفاسق أو كافر أو عبد ومثله يجب عزله وإقامه غيره لائه لاتصح نيابته، لأنه إنما أوصى إليه اعتمادا على رأيه وأمانته وكفايته، وهؤلاه ليسوا كذلك. أما الكافر فلعداوته الدينية الباعثة على ترك النفر للمسلم. وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من منعه. فلا يكون كافيا، (هـ بتصرف. راجع الاختبار وج ٣ ص١٩٨٥ والهداية وج ٨ ص٤٤٩ والعناية على الهداية في ذلك الموضع ورد المحتار وج ٥ ص٤٩١ والبدائع وج٥ص٥١٦، وقد اشترط قانون المجالس الحسبية رقم ٤ خريمة من الجرائم المخلة بالأداب. أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف أو النزاهة، وألا يكون صحكوما بإفلاسه إلا أن يحكم رد شرنه إليه. وألا يكون عا قرر الاب حرمانه من الوصاية قبل وفاته بإشهاد شرعى أو بكتابة صادرة بخط يده. راجع المادة (١٨) ولايخرج هذا في الجملة عن أنه تطبيق لشرط الصلاحية.

لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض وقوله تعالى فى سورة الانفال (٧٣) ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وتصرف الولى فى جميع الأموال مقيد بالنظر والمصلحة. لقوله تعالى فى سورة الإسراء (٣٤) ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن (١) وعلى ذلك فليس له ولاية إنشاء العقود الضارة ضررا محضا كالتبرعات (٢) وإذا باشرها كانت باطلة فلا تصححها إجازة بعد ذلك.

أما العقود النافعة كقبوله الهبة عن موليه، وقبوله الوصية له، والكفالة لماله، فهى نافذة إذا باشرها، وكذلك العقود التي يختلف أمرها باختلاف أحوالها ، فتردد لذلك بين النفع والضرر، تنفذ إذا باشرها، وتلزم كذلك إن كان حكمها اللزوم، مالم تتمحض للضرر وإلا كانت باطلة، وهذا إجمال لايغنى عن التفصيل الآتى:

عقد الأب: إذا كان للصغير ومن في حكمه مال، فالولاية عليه كما علمت لأبيه. فهو الذي يرعاه ويحفظه ويستشمره، وعقده فيه نافذ لازم أو غير لازم على حسب ما للعقد من صفة اللزوم أو عدمه. وعلى هذا فله ولاية بيع مال الصغير ومن في حكمه، سواء أباعه لأجنبى عنه أم باعه لصغير آخر تحت ولايته، أم باعه لنفسه. وله كذلك ولاية الشراء للصغير ومن في حكمه، سواء اشترى من أجنبى أم من نفسه، سواء أكان ذلك بمثل القيمة أم بغبن يسير (٣). وله كذلك ولاية

⁽۱) فإذا باشر تصرفا ضارا بموليه لم ينفذ عليه وإنما على الولى نفسه إن وجد نفاذا عليه كما فى الشراه والاستنجار، وإلا بطل، وعلى هذا الاساس ماجهاء فى الهندية عن فناوى قاضيخهان: إن الوصى إذا باع عقارا للصغير قال أبو بكر محمد بن النضل: إن رأى القهاضى نقض البيع خيرا للصغير كان له نقضه، وإذا باع الوصى مال الصغير باجل فاحش غير معهود لم يجز، وكذلك إذا باعه لشخص بأجل معهود ولكنه معروف بالجحود لم يجز وكذا إذا كان مفلها يخشى منه عدم الوفاه. واجع الفتاوى الهندية وج ٢ص ١٧٤ ومابعدها.

⁽٢) ألعقود الضيارة التى تصدر باطلة من الأولياء مثل الطلاق والعتباق وكذا الهبة ولو بعوض عند الشيخين، خلافا لمحمد إذ أجاز لهم أن بهبوا بعوض نظرا إلى مافيها من المبادلة تعطى حكمها. وكمذلك ليس لهم الصدقة ولا الوصية، واختلف فى العارية فلم يجزها بعضهم لما فيها من معنى التبرع وهو القباس. وعليه عامة العلماء، وأجازها بعضهم نظرا إلى أن المنافع ليست بمال فكانت فى معنى الإيداع وهذا استحسان وكذلك اختلف فى الإقراض فعنعه بعضهم لما فيه من عنى التبرع فى البداية إلا من القاضى نظرا إلى ماله من سلطان يمكنه من الاستيفاء، وأجازه أخرون للأب قباسا على الإبداع، بل هو أولى لما فيه من الضمان خلاقا للإبداع، واجع البدائع في ١٩٥٥، وجامع الفصولين ويم ١٩٦٥ والتناوى البندية وج ١٩٦٥ وجامع الفصولين وج ١٩٠٥ للوصى وفى الأشباء. والم ١٩٢٥ لا يجوز إبراء الوصى عن دبن للصغير إلا إذا كان قد وجب بعقد باشره الوصى. فيان وجب بغير عقده لم يجز، وقال أبو يوسف: لا يجوز مطلقا. فى حكمه كخوف على المال من متسلط أو من أن يسارع إليه الفساد إذا بقى، أو من ضياعه أو نحو ذلك، وإنما لا يقرض بشرط ألا يقل عن قيمة الموهوب لان ذلك فى معنى البيع. واجع كشاف القناع وج٢٥ ص٢٢٥.

استثماره بالتجارة (١) سواء أكان ذلك بالشركة فيه أم بالمضاربة (٢) أم بالبضاعة بنفسه أو بغيره، وكذلك له إجارة مال الصغير، ومن فى حكمه واستئجاره، بل وله إجارة نفس الصغير لعمل. ويكون له الخيار إذا بلغ قبل انتهاء مدة الإجارة، وإجارة نفسه للصغير، وله إعارة الصغير ليتعلم حرفة من الحرف لا لغير ذلك، واختلف الفقهاء فى إعارة ماله وعامتهم على عدم الجواز وهو القياس لما فى الإعارة من معنى التبرع. وله كذلك إيداع أمواله ورهنها لدى الغير فى دين عليه أو على الصغير. وله أن يدفع أرضه مزارعة وشجره مساقاة، كما أن له أن يزارع بنفسه سواء أجعل البذر فى مال الصغير أم فى ماله. وله أن يقبل حوالة دين الصغير إذا كانت على إملاء من المدين كما له أن يقاسم شريك الصغير (٦).

وبما ينبغى ملاحظته أن تصرف الأب مقيد بالنظر والمصلحة كما قدمنا، وأنه إذا تجاوزها لم ينفذ على الصغير ومن في حكمه، وإن من الآباء من يعرف بالعدالة، ومنهم مستور الحال، ومنهم الفاسق المبذر المتلف (٤). وعلى ذلك فكل عقد يباشره الأب لموليه يكون باطلا إذا تمحض للضرر، مادام لم يجد نفاذا على الأب، وذلك مثل أن يبيع ماله بغبن فاحش أو يؤجر بغبن فاحش كذلك، أو يبعه

⁽١) جامع الفصولين (ج٢ص١١٣.

⁽۲) يرى أحمد بن حنبل أن الأب إذا ضارب بنفسه في مال الصغير جاز، ولكن يكون جميع الربح له دون الأب، ومع ذلك فله أن يدفعه إلى أجنبى ليضارب فيه على أن يكون الربح شركة بينه وسين الصغير، واجع كشاف القناع «۲۲ ص۲۲۶».

⁽٣) راجع جامع الفصولين (ج٢ ص١٢ ـ ١١٥.

⁽٤) يرى الحنفية أن الآب إذا كان فاسقا مسذرا لم يفقد ولايته على مال ابنه، وهمذا بين عند الإمام لأنه لايقول بالحجر على السفيه، ولكنهم مع ذلك يقيدون تصرفه، فلا ينفذ بيعه ولاشراؤه على موله إلا إذا تحققت الخيرية. والخيرية بالنسبة للمنقول أن يبيعه بزيادة ٥٠ في المائة من قيمته فيبيع مايساوى عشرة بخصة عشر، وأن بشتريه بنقص ٣٣ وثلث في المائة من قيمته فيشترى مايساوى خمسة عشر بعشرة، وفي العقار أن يبيعه بمثلى قيمته، ومآل ذلك في الواقع منعه من التصرف لتعذر الوصول إلى ذلك، وعلى كل فلا يلزم من تصرفه إلا ما كان ظاهر المنفعة لموليه. وإذا خيف على المال منه أقام القاضى وصيا يدفع إليه المال ليحفظه، ولانزول بذلك ولايته. وعند الصاحبين تزول ولاية السفيه على أولاده، ففي الهندية إذا كان الآب مبذرا مسرفا مستحقا للحجر لاتثبت له الولاية على مال ابنه عند من يرى الحجر عليه. واجع جامع الفصولين "ج٢ مستحقا للحجر الهندية الحام الفائقي إلى أن الآب ينعزل عن ولاية ابنه بفسقه ويؤخذ المال منه على ص١٦٦٤ من الفن الشائي. وذهب الشافعي إلى أن الآب ينعزل عن ولاية ابنه بفسقه ويؤخذ المال منه على أوجه القولين، نهاية المحتاج (ج٤ ص٣٦٦).

بأجل بعيد غير معهود ولامتعارف، أو بأجل قريب إلى مفلس أو معروف بالجحود وعدم الوفاء، وخيف منه على الثمن. وأما إذا وجد نفاذا على الأب كشرائه للصغير بغبن فاحش أو استثجاره عينا أو أو أجيرا كذلك بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب لا على موليه، فيقع الشراء والاستثجار له على أصح القولين (١).

هذا وليس للمجلس الحسبي تدخل عند وجود الأب أو الجد ^(۲).

عقد وصى الأب

التعريف بالوصى: الوصى هو من يقام مقام غيره لإدارة تركته بعد وفاته، وتدبير شئون الصغار، ومن فى حكمهم من أولاده، فإن أقامه الأب أو الجد سمى بالوصى المختار وإن أقامه القاضى سمى بوصى القاضى.

إقامة الوصى المختار: تكون إقامة الوصى المختار بعقد الإيصاء. وينشأ هذا العقد بإيجاب من الموصى، وقبول من الموصى إليه «الوصى»، فالإيجاب يكون بما يصدره الموصى حال حياته من كل مايفيد إقامة غيره مقامه بعد وفاته، مثل قوله: جعلت فلانا وصيا أو عهدت إليه بمالى وأولادى بعد وفاتى، وهكذا على مابيناه فيما سبق عند كلامنا على صيغة العقد. والقبول يكون بما يصدره الموصى إليه «الوصى» من كل لفظ أو فعل يدل على قبوله الإيصاء إليه. كقوله: قبلت،

⁽۱) يرى بعض علماء الحنفية أن العقمد يبطل ولا ينفذ إذا منا أضافه إلى الصنغير. راجع الفستاوى البندية هج٢٦ من باب تصرف الوصى.

⁽٢) غير أن ذلك مشروط بعدم الحنوف على المال من كل منهما. وإلا كنان له حق التدخل تطبيفنا للمادة (٢٨) من قانون المجالس الحسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٣١ وهذا نصها الايجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعين من السلطة على الاشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية، وبشرط أن يكون سوء تصرفهم في أموال المذكورين ملحقا الشرر برأس مالهم نفه، فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الاموال فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المينة بالمادة (٢١) أو بعضها بدون إذن خاص. ا.ه. وسيأتي نص تلك المادة في الكلام على الوصى، وهذا التشريع يكاد يتفق مع مذهب الشافعي الذي بيناه أوهو مع ذلك لايتنافي مع روح القواعد الشرعية العامة التي وضعها الحنفية للمحافظة على أموال الصغار، وفي رأي أنه الوسيلة لحفظ مال الصغير عند الخوف عليه من أبيه أو جده.

⁽٣) ليس من اختصاص القاضى الآن إقامة الأوصياء وإنما جعل ذلك من اختصاص المجالس الحسبية بمنتضى المادة ١٦ من قانونها وقم ٤٠ سنة ١٩٣١. وقد صدر أخيرًا قانون بإنشاء المحاكم الحسبية فسحل محل هذا الثانون.

وكمباشرته شأنا من شئون أولاد الموصى بعد وفاته (۱) وعلى هذا فقبول الموصى اليه لا يتقيد بمجلس الإيجاب، بل يصح أن يكون بعده، حال حياة الموصى أو بعد وفاته، وإذا وجد حال حياته لم يتم الإيصاء إلا عند الوفاة. فلا يكون الموصى إليه وصيا إلا من وقت وفاة الموصى (۲)، وبمقتضى قانون المجالس الحسبية رقم ٤٠ سنة ١٩٣١م يجب أن يعرض أمر تعيين الوصى المختار فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ إبلاغ الوفاة على المجلس الحسبى لينظر فى تثبيته فى الوصاية بعد بحثه أمر كفايته، فإن لم يجده صالحا عين وصيا من قبله بدلا عنه اراجع المادة ٣ والمادة كفايته، وإن لم يجده صالحا عين وصيا من قبله بدلا عنه اراجع المادة ٣ والمادة المجلس، وإن تعيين الأب أو الجد له لا يعدو أن يكون مجرد ترشيح، وإلا لم يكن المجلس، وإن تعيين الأب أو الجد له لا يعدو أن يكون مجرد ترشيح، وإلا لم يكن المقانون فائدة، ولم أجد لذلك سندا فقهيا إلا إذا اعتبرنا عدم إقراره من قبيل العزل. ولكن ذلك المعنى بعيد عن لفظ القانون.

تخصيص الوصى المختار: وإذا خصص الأب أو الجد من أقامه وصيا بعمل من الأعمال، فقال له: جعلتك وصيا في قيضاء ديوني أو على أموالي في بلد

⁽۱) قبول الموصى له حال الحياة يكون باللفظ، وبعد الوفاة يكون باللفظ وبالفعل، وذلك بشيامه بعمل من أعمال الوصى. وإذا قام بعمل بعد الوفاة اعتبر قابلا وإن لم يعلم بالوصاية إليه بخلاف الوكالة، فإن القبول الفعلى فيها لايكون قبولا إلا إذا حصل بعد العلم، والفرق أن الفقهاء يرون أن الإيصاء من قبيل الخلافة كالوراثة فلا تتوقف على العلم كما لا تتوقف الوراثة عليه راجع الهداية فج ٨ ص ١٤٤٩.

⁽۲) إذا أوجب الموصى ثم رد الموصى إليه الإيصاء وأعلم بذلك ولو بكتاب أو رسول فإن رده يصح مواه أكان ذلك بعد قبوله الإيماء أم قبل قبوله، وإذا قبله بعد ذلك لم يصح قبوله لبطلان الإيماب بالرد. وإن لم يعلم الموصى برده وكان رده حال حياته فإن كان بعد قبوله لم يصح رده. سواء أعلم الموصى قبل رده بقبوله أم لم يعلم كما يستفاد ذلك من إطلاق عبارة الجامع الصغير. وإن كان قبل قبوله صح الزو ولا يبطل الإيماب حيثة برده مادام الموصى لم يعلمه، حتى إذا قبل بعد ذلك الرد وقبل أن يعلم به الموصى صح القبول، وإن رد بعد الوفاة فإن كان ذلك قبل القبول صح رده، وله أن يقبل بعد ذلك لعدم بطلان الإيماب به ما لم يقره قاضي عليه، فإن أقره القباضى عليه لم يصح أن يقبل بعد ذلك لبطلان الإيماب بالرد صع إقرار القاضى، وإن كان رده بعد قبوله لم يصح منه الرد إلا أن يخرجه قباض بسبب رده هذا، ولا يخرجه إلا إذا رأى فى ذلك خبرا للبستيم. وسواء فى ذلك أن يكون قبوله قبد تم حال حياة الموصى أم بعد وفاته. راجع الدر المختبار وقباري والمناوي الهندية عمل محالي الهندية عمل محالات العلى الموصى عزل الوصى عذا الحق، والحكمة فى جميع هذه الاحكام عدم انتغرير بالموصى، والمحافظة على مصالح الصغير. وللموصى عزل الوصى متى شاه وإن لم يعلم، وهذا عند الإمام، واشترط أبو يوسف العلم. الدر المختار عدم و 183.

كذا فقط، كان وصيا عاما في كل شيء. ولم يتخصص عند الشيخين؛ لأن الوصاية خلافة، وهي لاتقبل التجزئة فلا يتخصص، وعلى هذا لو أقام عدة أوصياء، وخص كلا منهم بعمل معين كانوا جميعا أوصياء في كل شيء.

وذهب محمد إلى أنه يقبل التخصيص كوصى القاضى، فلا يكون له أن يعمل غير ماعهد إليه فيه. فربما لايحسن غير ما خصص به، وفى تعميم ولايته بعد عن غرض الموصى وخروج عن إرادته(١).

تعدد الوصى الختار: إذا أقام الولى أكثر من وصى. فنص فى عقد الإيصاء على وجوب اشتراكهم أو على جواز انفراد كل منهم اتبع مانص عليه. وإن لم ينص على ذلك ـ بل أطلق الأمر ـ كان لكل واحد أن ينفرد بالتصرف عند أبى يوسف، لثبوت الخلافة لكل منهم فكانت ولايته كاملة، وذهب الطرفان إلى وجوب اشتراكهم عند ذلك، ولايجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف إلا فى ثلاث أحوال:

الأولى - المسائل التي يخشى الضرر من تأخيرها كتجهيز الميت.

الثانية المسائل التي لايحتاج فيها إلى الرأى، كرد الودائع المسروفة إلى أربابها.

الثالثة ما لا يمكن فيه الاجتماع، كالخصومة في الحقوق. ويشترط عند ذلك أخذ رأى من لم يشترك من الأوصياء قبل المرافعة، كما يفهم ذلك من عبارة صاحب العناية عند بيانه لأحكام الوكلاء عند التعدد (٢).

⁽۱) قال الشيخ الإسام أبو بكر محمد بن الفسفل: إذا أقام الرجل وصيا على ابنه فسلان أو على عمل معين وأقام وصيا على ابنه الآخر أو على عمل أو مال آخر. فإن شرط ألا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى به إلى الآخر يكون الأمر على مساشرط اتفاقا، وإن لم يكن قد شرط ذلك فإن المسألة تكون على ماذكرنا من خلاف. والفتوى على قول الإمام. راجع الهندية فيجة ص١٢٩، والفتاوى الخانية فيجة ص١٤٥٠.

 ⁽۲) عندنذ ألا يقال: إن ذلك من قبيل السوكيل، فيكون الحاضر حاضرا عن نفسه وعن الآخر بالوكالة عنه؟
 وإذن فالمسألة ليست مسألة انفراد ولا محل لاستثنائها.

مذا وقد قيل: إن الخلاف المذكور فيما إذا أوصى إليهم بجعلة عقود، أما إذا أوصى إليهم بعقد واحد فالإجماع على وجوب اشتراكهم جميعا فى التصرفات، وقيل: إن الخلاف حدد الإيصاء إليهم بعقد واحد، أما عند تعدد العقود فالإجماع على جواز انفراد كل منهم بالتصرف، قال أبو الليث: وهذا هو الأصح وبه نأخذ. وقيل: إن الخلاف فى الحالين جميعا. قال فى المسوط: وهو الأصح، راجع رد المحتار فج ص ص ١٤٩٧.

حكم عقد وصى الأب: إذا ترك الأب تركة وكانت مشغولة بدين أو وصية مرسلة فإن كان الدين محيطا بها كان للوصى ولاية بيعها كلها لسداد الدين. وإن كان غير محيط بها أو كان فيها وصية مرسلة كان له كذلك ولاية البيع فى سبيل سداد الدين وتنفيذ الوصية. وإذا ثبت له بيع بعضها ثبت له ولاية بيعها كلها عند الإمام، وقال صاحباه: لايبيع منها إلا بقدر مايفى بالدين وينفذ الوصية (۱).

وفيه عدا هذه الحال لايكون للوصى ولاية على نصيب الورثة الكبار من التركة إذا كانوا حاضرين، أما عند غيبتهم فتكون له ولاية بيع مايخصهم فيها من منقول باعتبار أن ذلك طريق لحفظه، وله ولاية حفظ أموالهم عند الغيبة بمنتضى وصايته.

وتثبت له الولاية على جميع أموال الصغار حاضرين أو غائبين، فيكون حكمه في عقده لهم كحكم الأب الذي بيناه فيسما مضى (٢)، ولكن يخالفه في المسائل الآتية:

۱ ـ لايجوز له أن يبيع عقار الصغير لأجنبى عنه إلا بمسوغ، وذلك على رأى المتأخرين المفتى به (۳)، بينما يجوز ذلك للأب من غير مسوغ كما تقدم، والمسوغ ضربان:

(أحدهما): أن يكون على الصغير ديون أو يتعلق بأمواله الموروثة حقوق لا يكن وفاؤها إلا ببيع المعقار، كأن يكون على التركة دين غير محيط، أو فيها وصية مرسلة، فيبيع العقار لإيفاء ذلك(1).

⁽۱) الأصل عند أبى حنيفة: أنه إذا ثبت للوصى بيع بعض التركة ثبت له رلاية بيعها كلها خلافا لصاحبيه، إذ رأيا أن رلاية بيعه تتنصر على الحاجة. راجع الفتارى الهندية (ج٢ ص١٤٤).

⁽۲) راجع جامع الفصولين "ج٢ص١٦، ١٧٠.

⁽٣) وذهب مالك إلى أن الوصى والحاكم لايجموز أن يبيعا العشار بقيمته إلا لحماجة تدعو إلى ذلك. وهذا بخلاف الآب. فإنه إذا رأى باع بالقيمة. واجع الشرح الكبير للدردير "ج٣ ص٣٠١.

⁽٤) نقل فى الفتاوى الهندية عن خرانة المنشى: أن الوصى يجوز له بيع العقار لسداد الدين وإن وجد وفاه فى غير بيعه، ولكن عبارة الكافى تفيد أن العقار لايباع لسداد الدين إلا إذا لم يوجد وفاه له بغير بيع العقار. راجع الفتاوى الهندية هج اص ١١٤٥، وفى الحموى هج العموم ١١٩٥ أن البزازى قيد جواز بيع العقار بألا يكون للدين وفاه إلا من ثمنه. وأكثر الكتب على هذا.

(ثانيهما): أن يكون بيع العقار خيرا للصغير من بقائه، أو تقتضيه حاجته الضروروية، مشال الحال الأولى: أن يباع بضعف قييمته. أو لأن نفقاته أكثر من غلاته، أو لأن بناءه آيل للخراب وليس في الإمكان ترميمه، أو للخوف عليه من متسلط جائر. مثال الحالة الثانية: أن يكون الصغير في حاجة إلى النفقة، ولايمكن الإنفاق عليه إلا من هذه السبيل.

Y ـ لايجوز له أن يبيع ماله للصغير، ولا أن يشترى مال الصغير لنفسه إلا إذا تحققت الحيرية، وذلك بأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته. ومنقوله بثلثى قيمته (1). فيبيع مايشاوى خمسة عشر بعشرة، وبأن يشترى لنفسه عقار الصغير بضعف قيمته. ومنقوله بزيادة ٥٠ فى المائة من قيمته، فيشترى مايساوى عشرة بخمسة عشر (٢) وإذا كان ذلك مع من لاتقبل شهادتهم له لم يجز إلا مع انتفاء الغبن اليسير. وأما الأب فله ذلك بدون اشتراط تلك الخيرية، إذا كان التصرف لنفسه، ومع انتفاء الغبن الفاحش إذا كان مع من لاتقبل شهادتهم له.

 $^{\circ}$ - $^{\circ}$ - $^{\circ}$ وصایته ویجوز دلک لان $^{\circ}$ دلك للان $^{\circ}$.

٤ ـ لايجوز للوصى أن يؤجر نفسه للصغير لأنه لايتولى طرفى عقد الإجارة ويجوز ذلك للأب. ولذا لم يجيزوا للوصى أن يزارع فى أرض الصغير على أن يكون البذر فى مال الصغير ؛ لأن ذلك فى معنى إجارة نفسه له بخلاف الأب (٤).

٥ ـ ليس للوصى في هذا الزمان أن يضارب بمال الصغير بنفسه (٥).

وماعدا ذلك فهو كالأب في تصرفه، حكمه كحكمه، فله الإجارة والمزارعة

⁽۱) إذا كان للوصى أن يبيع للصغير ما يملكه هو من منشول بثلثى قيمته فكيف لايجوز له ذلك فى العقار، والمعروف أن العقبار أبقى من المنقول؟ لا أرى وجها لأن يقيمه بيع العقار بنصف القيمة مع جواز بيع المنقول بثلثى القيمة.

⁽۲) هذا مذهب الإمام، وذهب الصاحبان والشافعي وأحمد إلى عدم جواز ذلك من الوصى مطلقا. واجم الفتاوى الهندية هج ٢ ص٢٦٧، وكشاف القناع هج ٢ ص٢٢٤، وكشاف القناع هج٢ ص٢٢٤،

⁽٣) راجم الهندية (ج٣ص١٧٦) وجامع الفصولين (ج٣ ص١٥).

⁽٤) جامع القصولين (ج٢ص١٢، ١٥٥ والهندية (ج٦ ص١٤٨».

⁽٥) جامع القصولين (ج٢ص١٥٥.

ودفع المال مضاربة وبضاعة، وقبول الحوالة على الإملاء، والقسمة (١) والبيع والشراء على ماذكرنا (٢) مادام ذلك في مصلحة الصغير، فإذا كان شيء من ذلك بين الضرر له أبطله القاضي.

عقد الجدد: علمت أن وصى الأب بولايته المستمدة من الأب يقوم مقامه فيما يتركه من أموال وأولاد. فكان له بسبب ذلك ولاية على التركة، فيبيعها لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها، وولاية على مال الأولاد فإليه استثماره وتدبيسر شئونه، وأما الجد فولايته أصلية على أولاد ابنه بحكم الولادة، وليست مستمدة من غير، فكان له بذلك الولاية على أموالهم فرجع إليه استثمارها، وكان حكمه فيها حكم أبيهم، فما يجوز لأبيهم أن يباشره فيها من التصرف على الوجه الذي بيناه يجوز كذلك لجدهم عند عدم وجود الأب ووصيه (٦)، (وعلى ذلك فليس للجد ولاية على تركة ابنه من ناحية أنها تركة، ولذا لم يكن له أن يبيعه لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها. وإن جاز له ذلك في سبيل سداد ديون الأولاد أنفسهم، وبذلك خالف وصى الأب) (٤).

وذهب بعض العلماء إلى أن للجد أيضا ولاية على التركة باعتباره خليفة عن ابنه إذ إنه أحمد ورثته، وإن له بذلك ولاية البسيع لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وبذلك لا يختلف عن وصى الاب فى هذا(٥).

وعقد وصى الجد: وولاية وصى الجد فى تركة الجد كولاية وصى الأب فى تركته، لا فرق بينهما، وأما ولاية وصى الجد على أموال أولاد ابنه، فهى كولاية وصى الأب على أموالهم، فما كان لوصى الأب فعله، فهو لوصى الجد، ومايمنع منه وصى الجد، لافرق بينهما (٦).

 ⁽١) الأصل فى مسائل القسمة أن من مسلك بيع شىء ملك قسمت، ولذا جارت قسمة الموصى مع الغبن اليسير لا مع الغبن الفاحش. الفتاوى الهندية (ج١ ص١٤٤).

 ⁽۲) جاء في رد المحمتار (ج٥ ص١٥٠٠ أن ليس للوصى أن يبيع أو يشمترى ممن تقبل شمهادتهم له ولا من رارث الميت إلا مع انتفاء الغبن اليسير..

 ⁽٣) الغشارى البندية (ج٣ ص١٧٤ وج٦ ص١٤٦٥. وفيها عن المحيط : الجد أبو الأب عند انعدام الأب
 عنزلته. وجامع القصولين (ج٢ ص١٥٥.

⁽٤) جامع النصولين اج٢ ص ١٢١، الهندية اج٥ ص ١٤٥، ١٤٦٤. وعلى ذلك إذا كان في التركة دين أو وصية وجب إقامة وصي لسداد الدين وتنفيذ الوصية.

⁽٥) جامع الفصولين من الفصل الثاني والعشرين "ج٢ ص٢٣، والهندية "ج٦ ص٢٤١٠.

⁽٦) جامع الفصولين وج٢ ص١٣٤ بالهندية وج٣ ص١١٧٧.

عقد القاضى ووصيه: عند عدم وجود الأب والجد ووصيهما تكون الولاية للقاضى. وليس يفرغ القاضى عادة لإدارة أموال الصغار ومن فى حكمهم، ولهذا يقيم وصيا يقوم مقامه، فإذا أقامه كانت له الولاية فيما عهد إليه فيه من الأعمال والتصرفات، فيكون عاما إن جعله عاما، ويستخصص بما يخصصه به، وعندئذ لاتكون للقاضى ولاية فيما جعل لوصيه؛ لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة (1)، وأما ما لم يجعله له من التصرفات فتبقى ولايته فيه.

وحكم وصى القاضى فى عقوده التي يباشرها لموليه كحكم وصى الأب^(٢)، غير أنه يخالفه فى بعض مسائل. أهمها ما يأتى:

۱ ـ أن وصى القاضى يقبل التخصيص اتفاقا، فيتقيد بما يقيده به القاضى،
 بخلاف الوصى المختار. فقد علمت أن فى قبوله التخصيص خلافا ذكرناه.

٢ - أن وصى القاضى لايملك أن يبيع مال الصغير لنفسه، ولا أن يبيع مال نفسه للصغير، ولا أن يقوم بتلك المسادلة مع من لاتقبل شهادتهم له، كابنه وأبيه، ولو كانت مع الخيرية التي بيناها، ذلك لأنه نائب عن العقاضى وفعله كفعله (٦) والقاضى لايملك ذلك لأن فعله من باب القضاء، وهو لايقضى لنفسه، ولا لمن لاتقبل شهادتهم له دفعا للتهمة، فمثله من يستمد ولايته منه (٤).

⁽۱) راجع الأشباه والنظائر •ج۲ ص۹۹۲. وفسيها : لايملك القاضى أن يتصرف فى مسأل اليتيم مع وجود وصيه ولو كان منصوبه، ولايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظره ولو كان مقاما من قبله ١. هــ

⁽٢) راجع الأشباه والنظائر ﴿ج٢ ص٤٢٢، والدر المختار ﴿ج٥ ص٤٥٠٩. ﴿

 ⁽٣) ولكن لو اشترى هذا الوصى مال الصغير من القاضى أو باع مال الصغير للقاضى جاز. هندية من باب مايملكه الوصى وحموى «ج٢ ص٤١٢٣».

⁽٤) ذكر في الأشباه والنظائر والدر المختار بقية هذه المسائل وهي:

⁽أ) ليس لوصني القاضي أن يؤجر نفس الصغير بخلاف وصي الأب.

 ⁽ب) للقافيي أن يعزل وصيه ولو من غير جنحة، وليس له أن يعزل الوصى المختار إذا كان عدلا كافيا، وله عزله بجنحة.

 ⁽ج) للوصى المختار أن يقسيم وصيا فيقوم صقامه بعد وفاته في تركت وفي مال الأولاد الذين تحت ولايته،
 وليس ذلك لوصى القاضى إلا إذا جعل له القاضى ذلك، والقاضى لايملك الآن أن يجعل له ذلك.

" - وفى مصر حل المجلس الحسبى محل القاضى بمقتضى قانون المجالس الحسبية، وأصبح هذا المجلس مختصا بإقامة الأوصياء إذا لم يكن هناك ولى ولاوصى، وإقرار الأوصياء المختارين عند إقامتهم، وأصبح الوصى مقيدًا فى ولايته، بما جاء فى هذا القانون من القيود، سواء أكان وصيا من قبل المجلس أو وصيا مختاراً (١).

(۱) بناء على المادة و ۲۱ من قسانون المجالس الحسبية: يجب على الوصى مطلقا أن يحسل على إذن من المجلس الحسبى قبل مباشرته للتصرفات الآتية، وستسرى أن بعضها كان له مباشرته من غير إذن سابق بقتضى ولايته الشرعية، ولكنه أصبح بذلك مقيدا فيها:

١ - شراء العقارات أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينة عليها.

٢ ـ التصرف بالبيع أو الرهن في الأوراق المالية.

٣ ـ نقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر.

\$ - الصلح أو التحكيم.

٥ - الاعتراف بدين سابق على الوفاة أو الحجر.

٦ ـ إجراه القسمة بالتراضي.

٧ - طلب النسمة الغضائية.

٨ ـ قبول الهبة بشرط.

٩ ـ التأجير لاكثر من ٣ سنوات.

١٠ ـ الاقتراض.

١١ ـ تشغيل رموس الأموال.

١٢ ـ شراه شي، لأنفسهم من ملك القاصر أو بيع شي، من ملكهم له.

١٢ ـ استنجارهم ملك القاصر لأنفسهم.

١٤ ـ قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر.

ويلاحظ أن كل هذه التصرفات هي من ولاية الوصى بمتنضى النشريع الإسلامي ما عدا مايأتي:

١ ـ نقليل التأمينات لأن ذلك ضرر محض بالصغير.

٢ ـ الاعتراف بالدين لأن الوصى لايملك الإقرار على الصغير.

٣ ـ شراه شى، لانفسهم من ملكهم له واستتجارهم ملك القاصير لانفسهم، فإن ذلك لايجوز إلا بقير: فصلناها، وهذا التقييد بالنبة للوصى المقام من المجلس لا مبلاحظة عليه، أما بالنببة للوصى المختار فهو من باب العزوف عن بعض التصرفات، وفى نفاذ ذلك من غيير سبب موجب نزاع وخلاف،غير أن ولى الامر إذا اختار قولا من الاقوال فجعله ثانونا وجب الاخذ به، ونعما فعل، لقساد أهل هذا الزمان.

خلاصة الباب

الولاية سلطة شرعية، يتمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب حكمها عليها دون توقف على رضا أحد، وقد ترجع إلى ماقرره الشارع من إلزام الإنسان بما يلتزم به فى شئون نفسه، وتكون فى هذه الحال ولاية ذاتية، وتلك هى ولاية الإنسان على نفسه وعلى ماله، وقد تثبت للإنسان بسبب يعرض له بناء على أن الشارع قد جعله علة لثبوتها، وفى هذه الحال قد تكون أصلية، كولاية الأب والجد على نفس الصغير وماله، فإنها تثبت لهما بسبب ولادة الصغير وانتسابه إليهما. وليسا فيها نائبين عن أحد، وقد تكون نيابية كولاية الوصى والوكيل وناظر وليسا فيها تثبت لهم نيابة عمن ولاهم وأقامهم من أب أو جد أو موكل أو قاض أو واقف.

والولاية، إما ولاية على النفس، وليس بيانها من موضوعنا، وإما ولاية على المال، وتختلف باختلاف مالك المال، فإن كان دون البلوغ ثبتت لأبيه، ثم لوصيه، ثم لوصى وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء كانت لجده، ثم لوصى وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد كانت للقاضى ووصيه، وتستمر ولايتهم عليه إذا بلغ مجنونًا أو معتوها. وإن كان المال لمجنون أو معتوه، أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ، كانت للقاضى وقيمه، وقيل تعود إليه ولاية من سبق ذكرهم، وإن كان لسفيه أو مغفل، كانت للقاضى ومن يقيمه قيما.

حكم العقد مع ثبوت الولاية: إذا تمت لشخص أهلية أدائه كان ذا ولاية على نفسه وعلى ماله، وكان عقده في ششون نفسه صحيحا نافذا لايتوقف على رضا أحد، اللهم إلا إذا مس حقا ثابتا لغيره، فإن له حينئذ حق الاعتراض على نفاذه، كما في بيع الإنسان ماله المرهون أو المستأجر، فيستوقف على إجازة المرتبن أو المستأجر أو زوال حقهما، وأما إذا لم تثبت للشخص هذه الأهلية لم يكن له ولاية، وكانت الولاية لغيره عن ذكرنا. وكذلك تثبت لوكلاء هؤلاء جميعا على ما علكون من مال إذا وكلوا فيه. وهاك حكم عقودهم:

عقد الأب ووصيه: للأب ـ كما ذكرنا ـ ولاية على ولده الصغير ومن في حكمه، وولايته نظرية، ولـذلك لاتكون له ولاية في العقود الصارة ضررا محضا

كالتبرعات والإسقاطات مشل الهبة والطلاق. وتكون له ولاية في العقود النافعة أو المتسرددة بين النفع والضرر. كقبول الهبة والوصية، والسبع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود إذا لم تسمحض للضرر. أما لو تمحضت للضرر كالبيع أو الشراء بغين فاحش فإنه لايليها. وإذا باشرها صدرت فاسدة أو باطلة.

ومثل الأب فى ذلك وصيه. وله بمقتضى الإيصاء إليه ولاية على تركة الأب فيبيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وولاية على أولاده، فيلى لهم جميع ما يليه الأب إلا فى المسائل الآتية:

- (۱) لا يجوز له أن يسبع عقار الصغير إلا بمسوغ شرعى، وذلك المسوغ أن يتعلق بأمواله حق لغيره، كدين أو وصية فيبيعها لسداد ذلك الدين أو لنفاذ تلك الوصية، أو أن يبيع العقار بالخيرية، وهي أن يبيعه بضعف قيمته. أو تكون نفقات العقار أكثر من غلاته أو يخشى عليه من متسلط جائر. أو يكون آيلا للخراب ولا يمكن ترميمه. أو يحتاج إلى بيعه للإنفاق على الصغير. فهذه هي الأحوال التي يجوز له بيع العقار فيها دون غيرها. والأب بخلاف ذلك، إذ لا يتقيد في بيعه إلا بعدم الغبن الفاحش.
- (٢) لا يعقد معاوضة للصغير يكون هو أحد طرفيها عن نفسه، أو من لا تقبل شهادتهم له، إلا إذا تحققت الخيرية إذا كانت المعاوضة له، أو انتفى الغبن اليسير إذا كانت لمن لا تقبل شهادتهم له، والخيرية بيع العقار بضعف قيمته، وشراؤه بنصف قيمته، وبيع المنقول بزيادة ٥٠ في المائة من قيمته وشراؤه بثلثي قيمته، والأب لا يتقيد في ذلك إلا بانتفاء الغبن الفاحش.
- (٣) لايتولى طرفى عـقد معاوضـة بين صغيرين تحت ولايتـه. ويجوز ذلك للأب.
 - (٤) لايؤجر نفسه لصغير، ويجوز ذلك للأب.

عقد الجد ووصيه: وليس للجد ولاية على تركة ابنه، ولذا لايجوز له بيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وأجاز ذلك محمد. وله ولاية على أموال أولاد ابنه عند انعدام الأب ووصيه، وولايته عليها كولاية الأب، فما يجوز للأب فعله يجوز له وما لايجوز له فعله لايجوز له.

ووصى الجد كوصى الأب، فولايته على تركة الجد كولاية وصى الأب على تركة الأب، ووَلايته على مال الأولاد كولاية وصى الأب عليه لا فرق بينهما.

عقد القاضى ووصيه: ليس يفرغ القاضى عادة لتولى شئون فاقد الأهلية أو ناقصها؛ ولذا فالعادة أن يقيم مقامه وصيا، فإذا أقامه كانت له الولاية دون القاضى، وولاية وصى القاضى كولاية وصى الأب لايخالفه إلا في مسائل أهمها:

- (۱) أن وصى القاضى يقبل التخصيص، فيتقيد بما يقيده به القاضى من القيود كالوكيل، بخلاف وصى الآب أو الجد فلا يتقيد عند الإمام، بل إذا خصص بعمل كان عاما في كل شيء خلافا لأبي يوسف.
- (۲) لايملك رصى القاضى أن يبيع مال موليه لنفسه، ولا أن يبيع ماله لموليه، بل ولا يعقد هذه المبادلة مع من لاتقبل شهادتهم له لانه نائب القاضى والقاضى ليس له ذلك فلا يكون أيضا لوصيه، أما وصى الأب فله ذلك مع مراعاة الخيرية بالنسبة إلى من لاتقبل شهادتهم له.
- (۳) ليس لوصى القاضى أن يؤجر الصغير ولوصى الآب ذلك، وللقاضى أن يعزل وصيه، ولو بلا جرم، ولايعزل وصى الآب إلا بجرم، وقد جعلت هذه الولاية الآن للمجالس الحسبية بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ فاليها كل ما كان للقاضى مع مراعاة القيود الواردة فى القانون.

بأب عقد الوكيل

التعريف بالوكالة (1): الوكالة ضرب من الولاية كما عرفت ويعرفها الفقهاء بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف علوك له معلوم، كأن يوكل إنسان آخر في أن يبيع له منزله بجهة كذا، وكأن يوكله في كل مايجوز له أن يباشره من التصرفات إذ ليس في مثل هذا العموم تجهيل بالموكل به.

ركتها: ركتها الإيجاب والقبول (٢)، ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها من لفظ أو فعل، وعليه إذا وكل إنسان آخر بتبصرف خاص فسكت الآخر، ثم باشر ذلك التبصرف ولو بعد حين كان ذلك منه قبولا تتم به الوكالة، وكذلك الحكم إذا وكله به في غيبته فعلم ثم باشره أو قال: قبلت. ولكنه إذا رد الإيجاب بما يدل على عدم قبوله ثم تصرف بعد ذلك كان في تصرفه فضوليا؛ لأن الإيجاب قد بطل بسرده. ومن هذا يتبين أن الوكالة لايشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما قدمنا في أحكام العقود.

أقسام الوكالة: والإيجاب إن كان خاصا بتصرف معين كبيع أو إجارة أو خصومة أو نحو ذلك كانت الوكالة خاصة، وإن كان عاما: كأنت وكيلى فى كل شيء، كانت عامة، فيملك الوكيل بها كل تصرف جائز للموكل، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لايملك الطلاق والعتاق والوقف إلا بالنص عليها. وذهب قاضيخان إلى أنه لايمكون بمثل ذلك وكيلا فى الإسقاط والتبرع، وذلك استحسان، واعتمده كثير (٣).

وقد علمت أن الوكالة قد تكون منجزة مثل: وكلتك في بيع داري هذه،

⁽١) الوكالـة بفتح الوار وكـــرها وهي لغة التــفويض والمراعــاة والحفظ ومنه حــــبنا الله ونعم الــوكيل أي الحافظ.

⁽٢) هل يكون الوكيل بمجرد إيجاب الموكل قبل علمه بالوكالة؟ قولان عند الشافعي. أشباه السيوطي ص٢٢٤. وعلى ذلك فبعض الشافعية يرى أنها تتم بالإيجاب وحده. وعلى كل حال فلا يشترط فبها المجلس عند الشافعي وأحمد ولم تصرف الوكيل غير عالم بالوكالة صح تصرف ونفذ. نهاية ١٩٥ ص٢٢٧. وكشاف القناع ١٩٢٠ ص٢٢٣.

 ⁽٣) مذهب المالكية في الوكالة العامة قريب من مذهب الحنفية ، وذهب بعض الشافعية إلى عدم صحة الوكالة العامة لما فيها من الغرر. نهاية وج٥ ص٥٢٥.

وقد تكون مضافة مثل: وكلتك في إدارة أموالي ابتداء من الشهر الآتي، وقد تكون معلقة كأن تقول: إن لم أحضر من السفر غدا فأنت وكيلي في إدارة أموالي (١).

شروطها:

(۱) يشترط فى الموكل أن يكون مالكا لما وكل قيه، لأنه لايملَك غيره ما لا يملك، وإذن فكل مايجوز للإنسان أن يباشره لنفسه من التصرف يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا استيفاء القصاص، فلا يجوز التوكيل فيه لاحتمال أن تأخذ وليه رحمة عند حضوره فيعفو.

توكيل الوكيل أو الوصى: وأما مايباشره لغيسره من التصرف، فإن كان ذلك عن طريق الوكالة، لم يجز له أن يوكل غيره فيه، إلا إذا أذنه بذلك الموكل (٢) أو فوض إليه الرأى فيه. وإن كان عن طريق الولاية كوصى وولى وناظر وقف جاز له أن يوكل فيه غيره (٢).

وبناء على ماتقدم: لا يصح من المجنون توكيل، لأنه لايملك تصرف، ويصح من الصبى المميز فسيما يملكه فينفذ توكيله غيره إذا كان فى تصرف نافع، ويتوقف على إجازة وليه أو وصيه إذا كان فى تصرف متردد بين النفع والضرر.

 ⁽۱) يرى أحمد صحة إضافة الوكالة وتعليقها ولايرى الشافعي ذلك في أصح قوليه. كشاف «ج٢ص٢٣٢»
 نباية «ج٥ص٨٤».

⁽٢) ذهب الشافعي إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه بلا إذن من موكله إن تأتي إن يقوم به. فإن لم يتأت منه لكونه لا يحسنه، أو لايليق به أن يباشره، أو يشق عليه فعله مشقة غير محتملة عادة فله أن يوكل غيره بلا إذن من موكله إذا كان موكله يعلم ذلك حال توكيله إياه. أما إذا كان جاهلا بحاله أو كان يعستقد خلافها فلا يجوز له أن يوكل غيره بلا إذنه. وإلى مثل هذا ذهب أحمد ومالك. وإذا كثر على الوكيل العمل فعجز عن القيام به كله، كان له أن يوكل غيره فيه عند أحمد، وقصر الشافعي جواز ذلك على مازاد على طاقته فقط. ولو طرأ العجز على الوكيل لمرض أو سفر لم يكن له التوكيل عند الشافعي. وفي هذه الأحوال يكون من يوكله الوكيل وكيلا للوكيل عند أحمد ووكيلا للموكل عند الشافعي، نهاية اج ٥ص٨٦٥ وكشاف

⁽٣) برى الشافعى أنه لايجوز للوصى ولا التيم أن يوكلا غيرهما فى مال موليهما إلا عند عجزهما أو عندما يكون العمل غير لائق بهما، وأنه إذا وكل الوصى أو الولى وكيلا عنه فى أمور المولى عليه ـ وذلك عندما يجوز له ذلك ـ فله أن يجمله وكيلا عنه، أو وكيلا عن المولى عليه، وإذا جعله وكيلا عن المولى عليه لم ينعزل ببلوغه، بخلاف ما إذا جعله وكيلا عن نفسه فإنه ينعزل ببلوغ المولى عليه، وذلك أثر لانعزال الوصى أو الولى بالبلوغ نهاية فه ص١٦٥.

(ب) ويشترط فى الوكيل أن تكون له عبارة صحيحة. وإن شئت قلت: أن يكون مميزا قد بلغ السابعة من عمره عملى الأقل، فلا يشترط فيه الرشد ولا البلوغ ولا عدم الحجر. وعلى ذلك لايصح لإنسان أن يوكل المجنون.

وذهب الشافعي إلى أن الصبى لايصح توكيله غيره، ولايجوز أن يكون وكيلا عن غيره. لأنه ليس أهلا للتصرف عنده كما تقدم (١).

(ج) ولايشترط فى الموكل به إلا أن يكون تصرفا جائزا مملوكا ـ عدا استيفاء القصاص ـ معلوما للوكيل كما قدمنا، فيجوز التوكيل فى الخصومة فى جميع الحقوق. وفى إنشاء العقود، وفى القبض، وغير ذلك مما يباشره الإنسان لإدارة أمواله (٢).

حكمها: حكم الوكالة: قيام الوكالة أى قيام الوكيل مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى الوكالة. فينفذ على الموكل كما لو أنه باشره بنفسه، وعلى ذلك يكون له من الأحكام مايكون له لو أنه صدر من الموكل نفسه (٣).

⁽۱) ذهب بعض الشافعيـــة إلى أنه لايصح لإنسان أن يوكل امرأة غيره في عمل بغيــر إذن من روجها. وقيد ذلك بعضهم بأن يكون التوكيل في عمل يفوق حق الزوج . نهاية هج٥ ص١٨٥٠.

⁽٢) وذهب الشافعي واحمد إلى أنه يشترط في الموكل به أن يكون علوكا للموكل حال توكيله، وعلى ذلك لا يصح لشخص أن يوكل غيره ببيع ما سيملكه ولا بطلاق من سيتزوجها ولا بزراعة ماسيرته من الارض. واستثنى الشافعي من ذلك صحة التوكيل فيسما لايملكه إذا ذكر تبعا لما يملكه، كأن يوكل إنسان آخر في المطالبة بحقوقه. فعند ذلك يدخل في المطالبة مايحدث له من حق بعد التوكيل. راجع نهاية المحتاج وج٥ص ٢١، والكشاف وج٢ ص٢٣٣. ويجوز كذلك عند أحسمد والشافعي التوكيل في المباحدات كالاحتطاب والاصطياد في الاظهر، وكذلك في استيفاه القصاص. نهاية وج٦ص ٢٤، ٢٥٥ كشاف وج٢ص٣٢، وخالف في ذلك الحنفية.

⁽٣) رمعنى ذلك أن يعتبر قيام الوكيل بما وكل فيه كقيام الموكل به فتترتب عليه جميع الأحكام والآثار التى كانت تترتب عليه لو أن الموكل نفسه قد فام به، ويستنى من هذه القاعدة العامة التوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فإنه يرى أن التوكيل بالخصومة لايلزم خصم الموكل إلا إذا كان برضاه، مادام الموكل غير معذور في هذا التوكيل، أما إذا كان معذورا فيه بأن كان لايستطيع للخماصمة أو الحضور إلى مجلس القضاء فإنه يكون ملزما لخصمه ويجب عليه حينئذ أن يحضر وأن يترافع مع الوكيل، وإذا أراد مع ذلك أن يوجه سؤالا إلى الموكل نفسه كان له ذلك، ومن الاعذار السفر والمرض والعجز عن الإبانة وأن يكون الموكل امرأة مخدرة، وذهب الصاحبان إلى أن حكم التوكيل بالخصومة كحكم التوكيل في أى تصرف فلا يتوقف على رضا الخصم الآخر، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي وأحمد.

تقیید الوکیل: تکون الوکالة مسطلقة، کما فی: وکلتك ببیع سیارتی، وتکون مقیدة بما یرید الموکل بأن یقید به وکیله، کما فی: وکلتك ببیع سیارتی هذه بمائة جنیه حالة. وفی هذه الحال یتقید الوکیل بما قید به، لأنه إنما یستمد الوکالة والسلطة من الموکل. فلا یکون له مالم یعطه إیاه (۱۱).

التفويض إلى الوكيل: وفي كلتا الحالين يجوز للموكل أن يفوض الرأى للوكيل في إجراء هذا التصرف الذي وكله فيه. فيتصرف كيف شاه في حدود مامنحه من ولاية، فإن شاه باشره بنفسه، وإن شاه وكل غيره بمباشرته. وعند ذلك يكون الوكيل الشاني وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الأول. وكأن الذي وكله هو الموكل عند الحنفية (٢). ويجوز له ألا يفوض إليه الرأى فيه. فلا يكون له أن بوكل غيره بمباشرته عندنذ إلا إذا أذنه بذلك الموكل صراحة، لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره. وإذا لم يفوض إليه الرأى باشر التصرف على حسب مارسمه له من خه وطريقة.

تعدد الوكيل: وإذا تعدد الوكلاء في عمل واحد فإن كان توكيلهم بعنه متعددة كتان لكل منهم أن ينفرد في مباشرة ما وكل فيه دون أخذ رأى الأخرير ودون علمهم. فإذا باشزه انتهت وكالة الآخرين فيه لتمام التصرف، وإن وكله بعند واحد لم يكن لهم إلا أن يباشروه مجتمعين، مادام لم يجعل لكل منهم حالانفراد به؛ لأن ولاية مباشرته لم تعط لكل منهم، وإنما أعطيت لهم مجتمعين. ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه إلى الرأى كرد الودائع والمغصوب والمبيع بيعا فاسدا، وإيفاء الدين، وما لا يكن فيه الاجتماع، كالترافع أمام القاضى؛ إد لا يكنهم أن يتكلموا جميعا في وقت واحد، ولذا لا يجوز لكل أن ينفرد بالمرافه إلا بعد أخذ رأى الآخرين فيما يريد أن يترافع به.

أجر الوكيل: تكون الوكالة بغير أجر، وذلك هو الكثير. وتكون بأجر كا

 ⁽١) فإذا خالف ما وكل فيه فتصرف كان نضوليا عند الحنفية، فيكون تصرفه موقوفا. وعند الشافعي باطلا نهاية دج٥ص٠٩٤٧.

⁽٢) ويرى الشافعية والحنابلة أن الموكل إذا أذن وكيله بتوكيل غيره جاز له ذلك فيإذا قال له: وكل عنى فوكل كان صن يوكله وكيلا عن الموكل الأول، وإذا قال له: وكل عن نفسك فوكل كان وكيلا عن الوكيل وإذا أطلق فوكل كان وكيلا عن الموكل ـ نهاية (ج٥ ص٣٦٥)، كشاف (ج٢ ص٣٢٥).

فى توكيل المحامين بالدفاع فى الخصومات، وفى هذه الحال يكون الوكيل كذلك أجيرا خاصا أو مشتركا. وإذا سكت العاقدان فى الوكالة عن الأجر حكم العرف، فإن كان يقضى بإعطاء مثل هذا الوكيل أجرا فى هذه الحال كان له أجر المثل، وإلا فلا أجر له.

الفرق بين الوكالة والرسالة: وليس الوكيل كالرسول، فالرسول ينقل عبارة مرسله فيقول للمرسل إليه: أرسلنى فلان لأقول لك كذا أو لأبلغك كذا. فيضيف عبارته دائما إلى المرسل. وإذن لايتصرف برأيه ووزنه، وإنما الرأى والوزن للمرسل. وليس على الرسول إلا البلاغ. وكأن الفاظه قد استعارها المرسل لاستخدامها معبرة عن إرادته، أما الوكيل فإنما يعمل برأيه ووزنه، فيساوم ويرى المصلحة فيقدم عليها. فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته، وإذن يكون الموكل قد استخدم إرادته وعبارته معا، ولذا لايضيف العبارة إلى موكله، بل يقول: بعت كذا، لا باع فلان كذا، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فقال: باع فلان كذا. انقلب في هذا التصرف رسولا، ولم يكن فيه وكيلا، وسنعلم أن الوكيل قد يكون في بعض العقود سفيرا ومعبرا، وعندئذ يكون رسولا حتى يكون حكم العقد وأثره لوكله، لائه لو أضاف العبارة إلى نفسه في هذه العقود كان الأثر له لا لموكله.

تطبيق على ماتقدم:

(۱) قلنا: إن التصرف الموكل به يجب أن يكون معلوما حتى يمكن قبام الوكيل بما وكل فيه. وعلى ذلك صحت الوكالة إذا كانت عامة لعدم الجهالة، فإذا كانت خاصة وعين التصرف، كبيع عين معينة أو شرائها صحت كذلك وإن لم يعين، فإن ترتب على ذلك جهالة فاحشة وهى جهالة الجنس، كأن يوكل بشراء دابة أو ثوب لم تصح الوكالة؛ لأن الدابة أنواع من البقر والغنم والخيل وغيرها. والشوب أنواع من الحرير والصوف والقطن والكتان وهكذا. وإن كانت يسيرة والمدوب أنواع من الموكل فيشترى من ذلك ما ثوب جوخ صحت، ووجب أن يراعى فى التنفيذ حال الموكل فيشترى من ذلك ما يناسبه، وإن كانت متوسطة وهى جهالة النوع الذي تتفاوت قيم آحاده تفاوتا فاحشا - كشراء دار فلا تصح إلا إذا نقصت الجهالة بوصف أو بتعيين ثمن مثل:

وكلتك بشراء دار من طبقتين بجهة كذا، بحيث تكون مساحتها كذا وبناؤها كذا، أو بشراء دار ثمنها كذا. وذهب بعضهم إلى ضرورة ذكر الثمن والوصف جميعا حتى تصح الوكالة.

(٢) وكذلك ذكرنا أن الوكيل يتقيده به الموكل. فلا يخرج عنه إلا إلى خير، لأن الرضا بشيء يعد رضا بما هو خير منه، وكذلك يتقيد بما يقيده به العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط، إلا إذا نص على مخالفة العرف. ويتفرع على ذلك مايأتى:

(i) الایجوز للوکیل، بالشراء أن یتجاوز الثمن المعین له (۱) ولا للوکیل بالبیع أن یبیع بأقل منه أو بجنس غیر جنسه کأن یبیع بنقود أجنبیة بلا نص، فإذا فعل کان فی تصرفه فضولیا، ولذا ینفذ السشراء علیه إلا إذا کان قد أضافه إلی موکله، فلا ینفذ علی أحدهما. وکذا إذا وکله أن یشتری عینا معینة بثمن محدد نسیئة؛ فاشتراه به حالا أو وکله بشراء شیء غیر معین بشمن محدد حال فاشتراه نسیئة؛ لائه یکون أقل قیمة بما یشتری بهذا الشمن حالا، فتکون المخالفة إلی شر. أما إذا باع بأكثر بما عین له أو اشتری ماعین له بأقل مما حدد له من الثمن فإن تصرفه ینفذ علی الموکل؛ لائه خالف إلی خیر. وکذا إذا اشتری نسیئة ما وکل بشرائه بثمن محدد حال بدون زیادة علیه.

(ب) إذا وكله بشراء غير معين وحدد له الثمن لم يجز له أن يزيد فيه ولا أن ينقص؛ لأن مسخالفته في هذه الحال لاتسكون إلى خيسر إلا إذا اشتراه بشمن أقل وكانت قيمته في الواقع توازى ماحدد له من الثمن. أو كانت أوصافه وفق ماذكر له من أوصاف؛ فإن المخالفة حينئذ إلى خير وينفذ الشراء على الموكل.

(جـ) إذا وكله ببيع مقدار معين من حبوبه لم يجز له أن يبيع أكثر منه، وإذا

⁽۱) ليس للوكيل بشراء شيء معين أن يشتريه لنف أو لموكل آخر. فإذا اشتراه كان لموكله الأول. وإن ادعى أنه إنما اشتراه لنف، حتى لايكون مغررا بالموكل، ولكن إذا عين له الموكل الثمن فاشتراه باكثر منه أو اشتراه بثمن هو من جنس خلاف جنس ماعين من ثمن، فإنه في هذه الحال يكون للوكيل لحروجه بهذه المخالفة عن الوكالة. أما إذا وكله بأن ينزوجه امرأة معينة قبلا يمتنع عليه أن يتزوجها؛ وذلك لأن الوكيل بالتزويج يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله. فإذا أضافه إلى نفسه خرج من الوكالة فيكون الزواج له. بخلاف الشراء؛ لانه إذا أضاف العقد فيه إلى نفسه لايكون مخالفا للوكالة، ولايخرج منها بذلك.

وكله بشراء قدر معين من حبوب لم يجز له أن يشترى أكثر منه، وإن لم يتجاوز الثمن الذى حدد له؛ لأن حاجة الموكل فى ذلك لا فيما يزيد عنه، وقد يناله بذلك ضرر. وإلى هذا ذهب الإمام.

وذهب الأثمة الشلائة إلى أن الشراء يقع للموكل إذا لم يتجاوز الثمن الذى عينه للقدر الموكل بـشرائه. لأنها مخالفة إلى خير. كما إذا وكله ببـيع فرسه بمائة فباعها بمائتين.

ويفرق أبو حنيـفة بين المسـألتين: بأن الزيادة هنا بدل عن ملك الموكل، وفي الحبوب اشترى شيئا لم يوكله الموكل بشرائه فلا يقع له الزائد. وهذا ظاهر.

(د) لا يجوز للوكيل بالبيع عند الصاحبين أن يبيع بغبن فاحش، ولا بعروض ولا إلى أجل غير متعارف، ولا بأقل من السعر المعروف المحدد عند الناس، ولا للوكيل بالشراء أن يشترى بغبن فاحش ولا بأكثر من السعر المحدد المعروف عند الناس؛ لأنه يعتبر مقيدا بذلك عرفا وعليه الفتوى (١).

(هـ) يجب على الوكيل أن يجانب التهمة في تصرفه، لأن العرف يقيده بذلك، وعلى هذا لايجوز له أن يشترى مال نفسه لموكله ولا أن يبيع مال موكله له، وإذا أذن له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد العاقد^(٢) وكذا لايجوز له أن يبيع مال موكله لمن له ولاية عليه، كولده الصغير، ولا أن يشترى أموالهم لموكله، وإذا صرح له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد العاقد ^(٣).

أما البيع والشراء مع من لاتقبل شهادتهم له كأصوله وفروعه الكبار وزوجته، فيجوز بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء اتفاقا، ولا يجوز بأقل منها في البيع ولا بأكثر منها في الشراء اتفاقا. وإن كان الغبن يسيرا جاز عند

⁽۱) وقال الإمام: إن الوكالة مطلقة فله البيع بغبن فاحش والبسيع إلى أجل. وإن كان الأجل غير متعارف. أما الشراء بغبن فاحش فلايجـوز عنده، لوجود التهمة إذ يحتمل أنه اشتراه لنفــه. فلما وجد الغبن قال: إنه للموكل، ولذا ذهب بعضهم إلى أنه إذا كان المشترى معينا من الموكل واشتراه بغبن فاحش كان له، لانتفاء التهمة، إذ لا يجوز له شراؤه لنفـه.

⁽٢) وذهب أحمد إلى جواز ذلك عند الإذن. وعندئذ يتولى طرفى العقد كما يتولاه الوكيل عن البائع والمشترى في بيع شيء لهما.

 ⁽٣) ذهب أحسمد أيضا إلى الجنواز عند الإذن بذلك، ويتنولى طرقى العنقد. راجع كنشاف القناع "ج٢٥ ص١٣٣٥.

الصاحبين خلاف اللإمام، ويجوز بمثل القيمة عندهما خلاف اللإمام . وقيل يجوز عنده أيضا.

(و) إذا وكل شخص آخر في الخصومة فأطلق، كان وكيلا فيها وفي الإنكار والإقرار لا في الصلح ولا في قبض الحق، وذلك لأن العرف يقضى بذلك حتى إذا جرى العرف بأن الوكيل في الخصومة لايكون وكيلا في الإقرار إلا عند النص عليه لم يكن وكيلا فيه إلا إذا نص عليه.

حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع؟ : علمنا مما مضى أن حكم العقد هو أثره المترتب عليه، وهو غرض العاقدين من إنشائه. أما حقوقه فيراد بها ما يستبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله. فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشترى ونقل ملكية الشمن إلى البائع. وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع، وإلزامه بقبوله إذا رد إليه بسبب العيب، وثبوت حقه فى المطالبة بالثمن وقبضه ورده إذا وجده معيبا، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع، وإلزام المشترى بأداء الثمن، وثبوت حقه فى المطالبة بتسليم المبيع، ورده إذا وجده معيبا، وشبوت الحقوق التى تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لأثر العقد، وغير ذلك من الحقوق التى تثبت لكل عاقد قبل العقود. وإذن نرى أن لكل عقد حكما وحقوقا.

وكذلك عرفنا مما تقدم أن من العقود ما لايتم إلا بقبض محله. كالهبة والصدقة والعارية والقرض والوديعة والرهن. ومنها مايتم بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض، وهذا هو حكم أكثر العقود.

وعلى ذلك إذا باشر الوكيل عقدا من هذه العقود فأضاف العقد إلى موكله سواء أكان موجبا أم قابلا، كان حكم العقد لموكله، وكانت حقوقه كذلك راجعة إليه. فيصير ملزما بها دون الوكيل. ومعنى الإضافة: أن يذكر اسم موكله في عبارته ليدل على أنه يتصرف له، سواء أسند إليه التصرف أم إلى موكله. فإذا قال الوكيل: باع هذه الدار فلان أو بعتها نيابة عن فلان. أو اشتراها فلان أو اشتريتها لفلان، أو قال: وهب فلان أو وهبت عن فلان أو قبلت الهبة لفلان أو قبل فلان الهبة أو تزوجك فلان أو زوجتك لفلان أو نحو ذلك لم يطالب الوكيل بعد صدور

الإيجاب والقبول بشيء من الحقوق التي يستتبعها العقد. فلا يطالب بتسليم المبي إذا كان وكيلا في البيع، كما لايطالب بالثمن. ولايطالب بأداء الثمن إذا كان وكيا في الشراء، كما لايطالب البائع بتسليم المبيع. وكذا لايطالب بتسليم العين الموهو إذا كان وكيلا في الهبة، ولايطالب بأداء المهر إذا كان وكيلا عن الزوج في الزواج ويكون حكم العقد في كل هذه العقود للموكل.

وإذا أضاف العقد إلى نفسه (١) فلم يذكر اسم موكله في عبارته على أ يتصرف له، فإن كان هذا العقد من العقود التي لاتتم إلا بالقبض فتحت ذلك صورتان:

الأولى. أن يكون وكيلا عن المملك: فيقول: وهبتك هذه الدار أو أعرتلا هذا الكتاب. وفي هذه الحال إذا تم العقد بالإقباض يكون حكمه للموكل، وإلي ترجع حقوقه كذلك؛ لأنه يعتبر فيه سفيرا ومعبرا، لتوقف تمام العقد على تسلم عاقد الآخر مالا مملوكا للموكل، ولايتم تسليمه إلى ذلك العاقد إلا بإذنه. ووجه آخر هو أن تسلمه حين يقع يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل ـ وهو الموكل - فلا يكن غض النظر عنه واعتبار الوكيل أصيلا في عقد يتوقف تمامه على القبض، فلزم لذلك اعتباره سفيرا ومعبرا.

الثانية ـ أن يكون وكيسلا عن المتملك، فيقول: قبلت الهبة أو القرض أو العارية، فإذا تم العقد بتسليم محله إليه كان الحكم له، ورجعت إليه كذلك الحقوق، وكان في هذا التصرف أصيلا، ولم يكن لموكله شيء من ذلك؛ لأن عليك المالك قد وقع له لا لموكله وجاء القبول طبق ذلك، ومثل هذه الصورة في الحكم ما إذا كان وكيلا عن الزوج فأضاف العقد إلى نفسه. فقال: تزوجتك، فإن الزواج يكون له لا لموكله، لأنه يتملك بالزواج المتعة، ولكن إذا كان وكيلا عن المطلق وأضاف الطلاق إلى نفسه فيقال: طلقتك على كذا وقع الطلاق (١)، ويرجع نم العقد وحقوقه إلى المطلق.

⁽١) إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ثم اختلف مع موكله فيمن وقع العقد له اللوكيل أم للموكل فلمن يكون القبول في هذه المسألة ؟ في هذا تفسيل يرجع إليه في الدر المختبار وحاشيته (ج٤ ص ١٤٥٠ طبعة

ر) لايقع الطلاق بعبارة الوكيل إلا إذا أخرجه مخرج الرسالة فقال لها: يقول لك زوجك طلقتك أو إضافة إلى نفسه كـقوله طلقتك، أما إذا قال لهـا طلقك زوجك لم يقع. ١هـ منحة الخالق على البـحر لابن عابدبن وج٧ ص٢١٦٥ والبحر وحاشيته وج٧ص١٦١، ومابعدها.

أما إذا كان وكيلا عن الزوجة فى الحالين فلا يتصور إلا أن يضيف العقد اليها فيقول: زوجتك فلانة أو طلق فلانة على كذا، فقد علمت أنها ـ وإن اعتبرت عاقدة ـ محل للعقد ولابد من ذكر المحل، وذكرها يجعل العقد مضافا إليها.

وإن كان من عقود المعاوضات كان الحكم للموكل ورجعت الحقوق إلى الوكيل، ففي عقد البيع مثلا يشبت ملك المبيع للموكل بالشراء وملك المثمن للموكل بالبيع ولكن يطالب وكيل البائع بتسليم المبيع ويرد عليه المبيع إذا وجده معيبا وله المطالبة بالثمن ويطالب وكيل المشترى بتسليم المبيع إليه وله رده على البائع أو وكيله إذا وجده معيبا متى كان في يده فإن سلمه إلى الموكل كان حق رده للموكل حتى لاتبطل يده الثابتة (١).

وذهب الشافعى وأحمد إلى أن الحقوق ترجع إلى الموكل أيضا كما رجع إلىه الموكل أيضا كما رجع إليه الحكم (٢) ووجهة الحنفية أن الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه تحقيقا لغرض خاص هو حكم العقد فيكون له حتى تتحقق فائدة الوكالة، ولكنه مع ذلك هو العاقد الملتزم أمام العاقد الآخر فيكون ملتزما لذلك بحقوق العقد.

والخلاصة أن حكم العقد يثبت للموكل دائما ولايشبت للوكيل إلا إذا كان وكيلا من قبل المتملك وأضاف العقد إلى نفسه في العقود التي لاتتم إلا بالقبض، أو في عقد الزواج، وأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ولاترجع إلى الموكل إلا إذا أضاف العقد إليه، أو أضافه إلى نفسه في العقود التي لاتتم إلا بالقبض حينما يكون وكيلا عن المملك أو وكيلا في التطليق.

ولاترجع الحقوق إلى الوكيل إلا إذا كان بالغا عاقـلا، أما إذا كان صبيا مميزا فترجع الحقوق إلى موكله وإن أضاف العقد إلى نفسه؛ لأنه ليس أهلا للالتزام.

وإذا توفى الوكيل بعد مباشرته تصرفا ترجع حقوقـه إليه فإن كان له وصى رجعت تلك الحقوق إلى وصيه، وإن لم يكن له وصى رجعت إلى الموكل، وقيل: يقيم القاضى عنه وصيا فترجع إليه تلك الحقوق.

⁽۱) راجع الزيلعي اج؟ ص٢٥٦، ومابعدها.

 ⁽٢) هذا أحد قولى الشافعية، والقول الآخر أنها ترجع إلى كل منهما. فترجع إلى الموكل باعتباره كالأصيل
 وإلى الوكيل باعتباره كالكفيل لمباشرته العقد راجع «نهاية المحتاج ج»ص٠٥٥ وإلى هذا أميل.

علاقة الوكيل بموكله

تبينت مما تقدم أن علاقة الوكيل بمن تعاقد معه تخضع لما يتم بينها من عقد. فإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كان لمن تعاقد معه أن يلزم الوكيل بها وليس للوكيل أن يتخلى عنها. ولذا لم يكن للوكيل بالبيع مثلا أن يتخلى عن التزامه بأن يسلم المبيع إلى المسترى، ولا للوكيل بالشراء أن يتخلى عن التزامه بأداء الشمن إلى البائع، ولهذا يلزمه في ماله إذا لم يدفعه إليه موكله. وإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل فإن مهمة الوكيل تنتهى بماشرة العقد، وبمباشرته تنقضى العلاقة بينهما. وهذا كله بناء على ماذهب إليه الحنفية.

أما علاقة الوكيل بموكله فتختلف باختلاف ما بينهما من عقد. فإن كان مابينهما عقد وكالة وإجارة معا فإن علاقة الوكيل بموكله حينشذ تتبع عقد الإجارة فتكون علاقة الأجير بالمؤجر، ويكون الوكيل ملزما بمقتضى عقد الإجارة أن يتوم بالعمل الموكل به وليس له التخلى عنه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ عقد الإجارة ففسخ به.

وإن كان ما بينهما عقد وكالة فقط فإن الوكيل حينئذ يعتبر مستفضلا بمعونته ومتبرعا بمنفعته، وإذن فليس للموكل أن يلزمه بالمضى فى الوكالة والقيام بالعمل. بل للوكيل أن يتخلى عن العمل فى أى وقت أراد، فإذا كان وكيلا بالبيع لم يلزم بأداء الثمن إلى موكله من ماله مادام لم يتسلمه من المسترى. بل ولايلزم بمطالبة المشترى به لأن قيامه بها تبرع. ولايلزم متبرع بالمضسى فى تبرعه، ولكن لما كانت من حقه ويأبى القيام بها كان عليه أن يحيل بها موكله على المشترى؛ لأن الثمن حق الموكل، ولذا إذا أداه إليه المشترى ابتداء برئ استحسانا لأن توسط الوكيل غير ضرورى فى إيصال الحق إلى صاحبه. وإذا كان وكيلا بالشراء لم يجبر على مطالبة البائع بتسليم المبيع، وله التخلى عن ذلك وإحالة موكله به على البائع، وله بعد انتهاء العقد مطالبة موكله بأداء الثمن إليه وإن لم يكن قد دفعه إلى البائع متى كان حالا حتى يؤديه إليه تبرئة لذمته: وإذا كان قد تسلم المبيع وقد اشتراه بثمن مؤجل لم يكن له أن يمتنع عن تسليسمه إلى موكله، إذ لا موجب لحبسه عنه

عندئذ. وإن كان قد اشتراه بثمن حال كان له أن يحبسه عن موكله حتى يؤدى إليه الثمن وإن لم يكن قد دفعه من ماله إلى البائع عند أئمتنا الثلاثة؛ لأنهم يرون أن بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة حكمية له بمقتضاها أن يحبس المبيع عن موكله حتى يدفع ثمنه الحال. فإذا حبسه لذلك فهلك عنده فإنه يهلك بالثمن فيسقط عن الموكل ويلتزم به الوكيل في ماله للبائع، شأنه في ذلك شأن البائع إذا حبس المبيع عن المشترى فهلك عنده. فإن الثمن يسقط عن المشترى، وإلى هذا ذهب الطرفان. وذهب أبو يوسف إلى أنه يهلك بأقل المبلغين: قيمته وثمنه؛ لأن الوكيل قد حبسه ضمانا لما يطلب، والضمان فيه بقدر قيمته إذا ما ساوت الثمن أو قلت عنه فيهلك فضمانا لما يطلب، والضمان فيه بقدر قيمته إذا ما ساوت الثمن أو قلت عنه فيهلك عندئذ بها. أما إذا زادت فإن الزائد منها على الشمن حكمه حكم الأمانة فيهلك عندئذ بالثمن. وقال زفر: ليس بينهما مبادلة ما، ولذا لايحبسه ويكون متعليا إذا حبسه، فإذا هلك ملك بقيمته في الحالين. أما إذا هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه فإنه بهلك هلاك الأمانة اتفاقا لأنه كالوديع.

انتماء الوكالة

تنتهى الوكالة بما يأتي:

(۱) بمباشرة الموكل التصرف الذى وكل به وكسيله قبل مباشرة الوكيل له، إذ بذلك لايكون له عمل فينعزل بذلك وإن لم يعلم به.

(٢) بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به لانتهاء محل وكالته فتنتهى وكالته بذلك.

(٣) بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها كأن يكون وكيلا ببيع دابة فتهلك أو تستهلك. وكأن يكون وكيلا بشراء منزل بهذه النقود (١) فينفقها الموكل بعد أن

⁽۱) قال صاحب الأشباه والنظائر: لاتتعين النقود في النذر والوكالة قبل أن تسلم إلى الـوكيل أما بعد تسليمها إليه نتعين عند بعض الفقهاء، وذهب عاصة المشايخ إلى أنها لاتتعين كدلك. وتعين في الأمانات والهيئة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب، وقال الحموى تعليقا على ذلك: تنتعين النقود بالتعيين في الوكالة، ولو هلك النقد في يد الوكيل انعزل اهد. ص١٥٨ من الفن الثالث. وراجع جامع الفصولين في «ج٢ص١٦٥» من الفصل السابع عشر. وفي الزيلمي: إن النقود تتعين في المشركة والهبة والوصية، ولاتتعين في المشاربة والوكالة قبل القبض، ولكن تتعين فيهما بعد قبضها وقبل الشراء بها لتعينها حينئذ بالنبض فإذا هلكت بطل المقد هج٢ ص٢١٩».

يسلمها إليه، أو تسرق من الوكيل، أو ينفقها الوكيل في حاجته كما في جامع الفصولين، فإنه ينعزل في هذه الأحوال لانتهاء محل وكالته وإن لم يعلم بهذا الهلاك أو الاستهلاك.

(٤) بخروج الوكيل عن أهلية الوكالة كـأن يجن جنونا مطبقا، وهو مايدوم شهراً عند الطرفين وعليه الفتوى، أما إذا حجر عليه للسفه فلا ينعزل.

وينعزل الوكيل بخروجه عن أهليته وإن لم يعلم الموكل بذلك، فإذا تصرف بعد خروجه من الأهلية كان تصرفه باطلا.

(٥) بخروج الموكل عن أهليته للمتصرف الذى وكل به، فاذا جن أو توفى انعزل وكيله، وإن لم يعلم بذلك العارض، فإن تصرف بعده قبل أن يعلم به لم ينفذ تصرفه، وإذا حجر عليه للسفه، وكان قد وكله بتبرع انعزل كذلك؛ لأنه أصبح غير أهل لذلك التصرف. وإن كان قد وكله بطلاق أو زواج لم ينعزل لبقاء أهليته.

(٦) إذا عـزله الموكل من الوكـالة لأنهـا عقـد غـيـر لازم لكل من الطرفين فسخه(١) ولكنه لاينعــزل إلا إذا علم بذلك، حتى لايناله الضــرر من إبطال ولايت

(١) في حاشية الدسوقى على شرح الدردير «ج٣ ص٣٩٧» إذا كان الزوج وكيلا لزوجت فطلقها انعزل بخلاف ما إذا كانت وكيلة لزوجها فطلقها فبإنها لاتنعزل بذلك إلا إذا علم من زوجها كراهة بقائها وكيلة، وإنما انعزل من وكالتها في الحال الأول. بمجرد الطلاق؛ لأنه يورث كراهيتها له عادة فينعزل لذلك.

⁻ يستفاد مما تقدم أن النقود لا تعين في الوكالة قبل تسليمها إلى الوكيل، أما بعد تسليمها إليه فتعين، لأنها تصير حيئذ أمانة، وهذا الحكم الأخير محل خلاف. وفي الولوجية إذا أنفي الوكيل الدراهم التي وكل بأن يشترى بها على نفسه ثم اشترى بدراهم من عنده يكون مايشتريه له لموكله. لبطلان الوكالة بهلاك الدراهم، ذلك لأن الوكالة تعلقت بدراهم مدفوعة إلى الوكيل بعينها احد ولاشك أن هذا الحكم محل نسقد، لا لايعني الموكل إلا تنفيذ ما طلب من شراه، وذلك ميسور للوكيل بما لزمه عوضا عما أنفق، ولافرق بين دراهم وأخرى.أما لو استنهلكها الموكل وهي لدى الوكيل فالامر ظاهره إذ يعد هذا إنهاء للوكالة وقد لايكون لديه غيرها لشراه مايرغب. والتيجة أن النقود قبل تسليمها إلى الوكيل لانتعين اتفاقا، فإذا وكله بأن يشترى بهذه النقود منزلا وقبل أن يسلمها إلى الوكيل فهناك قبولان: قول بأنها تتعين فإذا سرقت انتسهت الوكالة فإذا اشترى المنوكل، أما إذا سلمها إلى الوكيل فهناك قبولان: قول بأنها تتعين فإذا سرقت انتبهت الوكالة فإذا اشترى المناب بغياعها، لأن العرف يقضى بتوقيت الوكالة بيقائها، فإذا سسرقت وفقدت انتهت الوكالة، وإذن في التيجة، واجع جامع الفصولين من الفصل السابع عشر.

وتضمينه قيمة المبيع مثلا إذا باعه بعد عزله وسلمه للمشترى فهلك، فإذا تصرف الوكيل بعد عزله قبل أن يعلم نفذ تصرفه على موكله، وذهب الشافعي إلى أن الوكيل ينعزل قبل العلم بعزله على أصح القولين بخلاف القاضى. «ص٢٢٣ أشباه للسيوطي».

(٧) إذا أخرج الوكسيل نفسه من الوكالة، وذلك لما تقدم من أنها عقد غير لازم، ولكنه لايخرج إلا إذا علم الموكل بذلك حتى لايناله الضرر وهو التغرير به، فإذا تصرف قبل علمه نفذ عليه (١).

محل انعزال الوكيل في الأحوال الثلاثة الأخيرة (بالسبب الخامس والسادس والسابع) إذا لم يتعلق بالتوكيل حق لغير الموكل، فإذا تعلق به حق لغيره لم ينعزل إلا برضاه، حتى لايضيع على صاحب الحق حقه، وذلك كالوكيل بالخصومة عن أحد الخصمين بطلب خصمه الآخر، والوكيل ببيع الرهن. وعليه إذا رهن المدين ماله عند الدائن فوكله ببيعه عند حلول أجل الدين حتى يستوفى من ثمنه، أو وكل شخصا آخر بذلك لم ينعزل ذلك الوكيل بعزل الموكل له، كما لاينعزل بإخراج نفسه أو بخروج الموكل من الأهلية إلا برضا صاحب الحق حتى لايناله ضرر. وأما إذا جن الوكيل أو توفى فلا يمكن بقاء وكالته حينئذ.

⁽١) وذهب الشافعي إلى أنه ينعزل بمجرد عزله لنفسه وإن لم يعلم موكله . نهاية هج٥ ص٥٥٥.

خلاصة الباب

الوكالة: إقامة الإنسان غيره عن نفسه في تصرف مملوك له معلوم، وركنها الإيجاب والقبول، ولايجب لهما اتحاد المجلس، وإذا كانت عامة كما في: أنت وكيلي في كل شيء، لم تعم التبرعات والإسقاطات استحسانا.

وتقبل التقييد بالشروط والتعليق عليها والإضافة، والتقييد قد يكون صريحا مثل: لاتبع إلا بكذا، وقد يكون بمقتضى العرف، فيمتنع على الوكيل بالبيع أن يبيع بالعروض أو أن يبيع لمفلس، أو بغبن فاحش، أو أن يتصرف مع نفسه أو مع موليه. وإذا قيد بقيد لم يجز له الخروج عنه إلا إلى خير منه للموكل.

ويشترظ في الموكل أن يكون مالكا لما وكل به، فيجوز توكيله فيه إلا استيفاء القصاص وهذا إن عمل لنفسه، فإن عمل لغيره وكان وكيلا لم يوكل غيره فيما وكل فيه إلا بإذن من موكله أو بتفويض منه، وعندئذ يكون من يوكله وكيلا عن موكله لا عنه، وإن كان وصيا أو وليا أو ناظرا على وقف كان له التوكيل بدون قيد.

ويشترط في الوكيل أن يكون عيزا، ويشترط في الموكل به أن يكون معلوما جائزا.

وإذا تعدد الوكيل فإن كان بعقد واحد لم يجز الانفراد بالتصرف إلا فيما لا يحتاج فيه إلى الرأى، كرد الودائع، وإن كان كل وكيل بعقد مستقلا كان لكل وكيل أن ينفرد بالتصرف.

وحكم عقد الوكيل حكم عقد الموكل، فكأن الموكل قد باشره نفسه. ولذا يكون نافذا إن نفذ عند مباشرة الموكل له، وموقوفا إن وقف عند مباشرة الموكل وهكذا.

والفرق بين الوكيل والرسول: أن الوكيل يتصرف بإرادته وعبارته، والرسول يتصرف بعبارته فقط، أما الإرادة فلموكله. وينقلب الوكيل رسولا إذا تعاقد فأضاف العقد إلى موكله؛ لأنه بذلك قد تخلى عن عهدته، ولاينقلب الرسول وكيلا أبدا.

أما إذا لم يضف العقد إلى موكله، وإنما أضافه إلى نفسه. فإن كان العقد من العقود التي لاتتم إلا بالقبض، وكان فيه وكيلا عن المملك كان حكم المعقد وحقوقه راجعة إلى الموكل وكان الوكيل في حكم الرسول، وإن كان فيه وكيلا عن المتملك كان الوكيل أصيلا ووقع العقد له لا لموكله. وذلك كأن يكون وكيلا عن الموهوب له مثلا أو عن الزوج. وإن كنان العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن الحكم عندئذ يكون للموكل، ولكن الوكيل يلتزم بالحقوق.

والوكالة عقد غير لازم، ولذا لايجبر الوكيل على المضى فيها كما لايجبر على ذلك الموكل. وتنتهى وكالة الوكسيل بهلاك العين الموكل بالتصرف فيسها وبقيام الموكل بتنفيذ ما وكله به، وبخروج الوكيل من أهليته بموت أو جنون أو عته.

وإذا لم يتعلق بالوكالة حق للغير انتهت كذلك بخروج الموكل من أهليسته بموت أو جنون، وبعزل الموكل إياه وبعزله لنفسه، غير أن العزل لايفيذ أثره إلا عند علم العاقد الآخر به.

باب عقد الفضولی

الفضل: الزيادة وجمعه فضول، وقد استعمل الجمع (استعمال المفرد) فيما لا خير فيه فسمى فضولا، ونسب إليه، فتيل فضولى: لمن يشتغل بما لايعنيه، كما اشتق منه فضالة على وزن جهالة واستعملت في اشتغال المرء بما ليس له.

التعريف بالفضولى: المعنى اللغوى أساس الاستعمال الشرعى، فإن الشرعيين يريدون بالفضولى من يتصرف تصرفا لا شأن له به، وليست له ولاية اصداره، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه، أو ولاية عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه، أو يطلق زوجته كذلك ، فهذا التصرف منه فضالة، وهو فيه فضولى.

حكم ما يباشره من العقود: إذا تولى الفضولى عقدا من العقود كان موقوفا على موقوفا على إجازته عن له الشأن فيه (١) فإن باع أو أجر أو رهن كان موقوفا على إجازة مالك المبيع أو العين المستأجرة أو المرتهنة. وإن زوج كان موقوفا على إجازة من زوجه، وإن طلق كان الطلاق موقوفا على إجازة الزوج، وإن وهب شيئا كانت الهبة موقوفة على إجازة مالك هذا الشيء، وهكذا، فإن أجاز نفذ ذلك التصرف فتم البيع والرهن والزواج والإجازة، ووقع الطلاق من وقت إنشائها. وتحت الهبة إذا أعقبها التسليم من حينه، وإن رفض بطل.

وتوقف عقد الفضولي على الإجازة عن له الشأن فيه مشروط بشرطين:

الأول: ألا يجد العقد نفاذا على الفضولي نفسه بألا يكون في الإمكان تنفيذه عليه، فإن وجد نفاذا ولم يجزه من له الشأن فيه نفذ على الفضولي، ولزم إن كان لازما، وذلك كالشراء، فإذا اشترى الفيضولي عينا من الأعيان لشخص كان الشراء نافذا على الفيضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه؛ لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع، ولا يسأل أمام البائع غيره، وفي الإمكان إلزامه

⁽١) ولا يشترط فى ذلك أن يكون ما يباشره الفضولى ذا منفعة لمن عمل له؛ لأن عمل الفضولى غير ملزم ولصاحب الشأن أن يزنه، فإن رأى إجازته فى مصلحته أجازه.

باعتباره مشتريا لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم به، وكذلك إذا استأجر (١). أما إذا باع ملك غيره لم يكن في الإمكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير؛ لأن نفاذه يستلزم الإضرار به. وذلك ببيع ملكه من غير رضاه: فلا ينفذ هذا العقد على أحد، ولذا يتوقف على إجازة مالك المبيع، فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل.

الثانى - أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه، كأن يبيع عقار إنسان صغير أو كبير بمثل القيمة، فإن لمالكه إن كان رشيدا حق إجازته وقت صدوره من الفضولي، ألا ترى أنه يملك أن يتولى بنفسه هذا العقد؟ ولوليه إذا كان صغيرا كذلك حق إجازته لنفس السبب، فلأجل هذا كان عقد البيع موقوفا على الإجازة، إن أجيز نفذ وترتبت عليه جميع آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشترى وانتقال ملك الشمن إلى البائع اللجيزة، وهكذا. وإن رفض بطل، ولكنه لو باع عقارا للصغير بغبن فاحش. أو طلق زوجته، أو وهب ماله، كان العقد باطلا، فلا تصححه إجازة؛ ذلك لأن هذا العقد ليس له مجيز وقت إنشائه، فإن إجازته إما أن تكون من الصغير، والصغير ليس أهلا لإنشائه في ذلك الوقت لصغره، وإما أن تكون من وليه؛ وهو أيضا لا يملكه؛ لأنه تصرف ضار فلذلك يصدر باطلا (٢).

⁽۱) وليس هذا خاصا بالفضولى، بل يعم الوكيل إذا خرج عدما قيد به، والولى إذا تعدى حدود ولايته بأن رضى بالغبن الفاحش؛ لأنهم جديعا يعتبرون بتجاوزهم حدود ولايتهم فضوليين أو في حكم الفضولين. وإنما بنفذ العقد راجع الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليه هج اص ٩٣٢٣ من كتاب البيع من الفن الثالث. وإنما بنفذ العقد على الفضولى في هذه الحال إذا لم يضف في كل من الإيجاب والقبول إلى من كان العقد له، وهو الشخص الذي يعمل له الفضولى سواء أحلا كل مقيد من الإضافة إليه، كأن يقول الفضولى: اشتريت هذا الشيء بكذا، ويقول المالك بعته. أم حصلت الإضافة من أحدهما فقط كنان: يقول الفضولى: اشتريت منك هذا الشيء بكذا لفلان، ويقول المائك: بعت، أو المالك: بعته لك بكذا لأجل فلان. فيقول المشترى قبلت، أما إذا حصلت الإضافة في كل منهدما، كأن يقول الفضولى: اشتريت منك هذا الشيء بكذا لمفلان فيقول المالك: بعته له، نإن العقد حينذ لا ينفذ على الفضولى، هكذا في البدائع من كتباب البيع ص١٥١ وأرى أن هذا محل للنقد؛ لأن الإضافة إذا كانت في الإيجاب وماحواه، كما هو ظاهر. فإذا لم يوافقه لم ينقد العقد. وعلى ذلك إذا حصلت الإضافة في الإيجاب وماحواه، كما هو ظاهر. فإذا لم يوافقه لم ينقد العقد وعلى دينذ، ولاينفذ على الإيجاب الى غيره.

⁽٢) كون هذا العقد باطلا لايتمنق وماجعله الحنفية مناطا للبطلان؛ لان هذا العقد لاينقسه إلا ولاية عاقده ولايترتب على فقد الولاية البطلان ولا الفساد بل اعتبار العقد موقوفا. ولو أنهم جعلوه فاسدا لانه عقد منهى عنه من الشارع لعدم المصلحة فيه لكان أترب. فقد قال تعالى أير ولانقربوا مال البتيم إلا بالتي هي احسن والى هذا ذهب بعض الحنفية فقال: إن تصرف الولى إفا كان ضارا بالصغير فاسد لا بأطل، وقد يمكننا أن نؤول قول من جعله باطلا بأنه يريد أنه كالباطل من ناحية أنه لا يصبح أصلا ولا يترتب عليه أثر حتى إذا كان بيعا بغن فاحش لم يفد الملك بالقسيض، ومن هذا ترى أنه عقد فاسد له حكم الباطل، وذلك ما دعا إلى وصفه بالبطلان.

ولذلك لو بلغ الصبى بعد ذلك لم يكن له إجازته، وإن أمكنه حيننذ أد يتولاه لأنه لسم يكن له مجيز وقت إصداره، فيصدر باطلا، والباطل لاتلحة إجازة.

واعتبار عقد الفضولى صحيحا موقوفا على الإجازة هو قول أبى حنيف وصاحبيه وهو رواية عن أحمد (١) بن حنبل ومالك بن أنس. وروى أيضا عر مالك مشروطا بأن يكون العقد عقد معاوضة كالبيع والإجارة. أما إذا كان تبرع كالهبة والوقف فإنه يقع باطلا.

وخالفهم الشافعي فذهب إلى أن عقود الفضول كلها باطلة، فلا تصححها الإجازة إذا صدرت، وإذا أراد ذو الشأن إنفاذها لزمه أن يجدد العقد.

ويرجع الخلاف بين الحنفية والشافعية في ذلك إلى خلافهم في تحقق العقود ووجودها، فالشافعية لايرون أن آثار العقد تنفك عنه، فإذا وجد وجدت آثاره وترتبت عليه، فإذا لم تترتب عليه آثاره لم يكن موجودا. ولايوجد إلا إذا صدر عن ذى أهلية وولاية معا، فإذا لم يكن مباشره ذا ولاية لم يوجد العقد، وعلى هذا ذهبوا إلى القول ببطلان العقود الصادرة من الصبى المميز والفضولي ومن في حكمهما كالسفيه، ويستدلون على ذلك بقوله ويلي للجكيم بن حزام (١) وقد سأل رسول الله ينهي قلت على الله، يأتيني الرجل فيسألني من البيع، وليس عندى ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال عليه السلام: «لاتبع ما ليس عندك فيهاه بقوله «لاتبع ما ليس عندك أي ما ليس في ملكك وحيازتك، وذلك ما يفعله الفضولي، فإنه يبيع ما ليس عنده. ليس في ملكك وحيازتك، وذلك ما يفعله الفضولي، فإنه يبيع ما ليس عنده. وهو بيع منهي عنه بهذا الحديث وأمثاله، وكل ماهو منهي عنه لايكون مشروعا، وما كان كذلك كان باطلا لايصح، ومثل البيع في ذلك غيره من العقود لاشتراكها معه حينذ في عدم ولاية العاقد.

⁽١) والرواية الأخرى عن أحمد أنه باطل وعليها اعتمد صاحب كشاف الفناع ٣ج٢ ص١١٥.

 ⁽۲) حزام (بكسر الحاء) وحكيم ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها، له ٤٠ حديثا، ولد في جوف الكعبة قبل عام الغيل بثلاث عشرة سنة وتوفى سنة ٥٤.

وذهب الحنفية إلى أن وجود العقد منوط بصدوره من أهله في محل قابل له، والفضولي أهل لإنشاء العقود، فإذا أنشأها في محل قابل لها وجدت، وليس من اللازم أن ترتب عليها آثارها إثر وجودها مباشرة بل قد تتأجل إلى حين، كما في العقود المضافة والعقود التي شرط فيها خيار، أما الولاية في مناط نفاذه وترتب آثاره عليه، حتى لايضار بذلك أحد، ولذا تأخرت آثار عقد الفضولي عن حتى لايلتزم صاحب الشأن بما لم يلتزم، فإذا أجاز فقد رضى والتزم بإجازته فترتب عند ذلك الآثار مستندة إلى وقت صدور العقد. ولذلك تكون زوائد المبي الحادثة بعد العقد وقبل إجازته ملكا لمشتريه، ويستدلون على ذلك بما روى أن رسول الله على أعطى عروة البارقي (١) دينارا ليشترى به شأة تكون أضحية، فلما ذهب إلى السوق اشترى شاتين بدينار، ثم باع إحداهما بدينار، ورجع إلى النبي في شرائه الشاة الثانية ثم في بيعها بعد ذلك (٢). ولو كان بيعه وشراؤه لها باطلين في شرائه الشاة الثانية ثم في بيعها بعد ذلك (٢). ولو كان بيعه وشراؤه لها باطلين ما أقره النبي عليه. فيدل ذلك على أن عقده كان صحيحا متوقفا على الإجازة من الرسول، وقد أجازه فنفذ عليه. ومشل البيع في ذلك الحكم غيره من العقود لاشتراكها في صدور العقد من أهله وإضافته إلى محله.

وفى القول بصحة عقد الفضولى مصلحة لكل من الفضولى وذوى الشأن من غير أن يترتب عليه ضرر ما، وليس مايمنع من ذلك شرعا، فإن مالك المبيع

⁽۱) هو عروة بن أبى الجعــد الأسدى، صحابى، نزل الكوفــة وولى التضاء بها لعــمر، وهو أول من قضى بها.

⁽٢) أعطى النبي على عروة دينارا ليسترى به شاة للأضحية، فكان وكيلا عن الرسول في شراء شاة غير معينة بدينار ليضحى بها، ولكنه اشترى شاتين بالدينار ثم باع إحداهما بدينار ورجع بشاة ودينار. ومن ظروف الحادثة نستنج أن قيسمة كل شاة منهما كانت دينارا لانه باع إحداهما بدينار في نفس الزمن واستبقى الأخرى تحيقنا لرغبة الرسول التي لايخالفها، وإنحا كانت رغبته في شاة قيمتها دينار. ومقتضى قواعد الشافعية أنه يكون وكيلا في شراء ماتين الشاتين. كما إذا وكله أن يشترى له إردبا من القمع بثلاثة جنبات فاشترى له بها إردبين. وبناء على ذلك يكون فضوليا في بيعه إحدى الشاتين بدون توكيل سابق من الرسول بذلك، وتكون إجازة الرسول لهذا البيع حين أخبر به دليل أنه وقع صحيحا متوقفا على الإجازة كما ذهب الحنفية، ويتم الاستدلال بذلك الحديث على الشافعية، ومقتضى قواعد مذهب أبى حنيفة أن عروة وكيل في شراء إحدى الشاتين فيضولى في شراء الاخرى، فينفذ الشراء عليه في الشاة الاخرى إذا لم يجزه الرسول له، وكذلك الحكم في بيميها، وقد أجاز الرسول شراءها وبيعها فكان ذلك دليلا على صحة البيع من الفيضولى وشرائه وتنهما على الإجازة.

الذى باعه الفضولى قد كفى مؤونة طلب المشترى وعرض السلعة، وإلى هذا توافر للمشترى وصوله إلى طلبه وحاجته دون انتظار حضور المالك ورأيه، كما توافر للمشترى صون كلامه عن الإلغاء، وماقصده من إعانته لغيره، وإنما تأخر الأثر إلى وقت الرضاحتى لايضار المالك بإلزامه عما لايرضى إذا تبين فيما بعد أنه لايرضى بذلك.

أثر الإجازة وشروطها: وإجازة عقد الفضولي تجعله وكيلا في إصداره، وكأنه قد وكل بذلك قبل مباشرته، ولذا قال الفقهاء: الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، فيصير العقد بها نافذا من وقت إنشائه، ويصير الفضولي وكيلا فيه عمن أجازه، إذا ما وكل غيره بمباشرة هذا العقد، ولذا تكون جميع زوائد المبيع مثلا ونماؤه للمشترى من وقت إنشاء عقد البيع، وتجب عليه كذلك نفقاته من ذلك الحين.

ولاتكون هذه الإجازة صحيحة إلاإذا توافر فيها الشروط الآتية:

(۱) أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كان سينقلب بها وكيلا. وينقلب بها وكيلا فى عقود المعاوضات التى ترجع حقوقها إليه. كالبيع والإجارة، فإذا توفى الفضولى البائع أو الفضولى المؤجر لم يصح العقد بإجازته بعد ذلك من مالك المبيع ولا من مالك العين المؤجرة، أما العقود الأخرى التى يعتبر فيها بالإجازة سفيرا ومعبرا ولاينقلب بها وكيلا ترجع حقوقها إليه فيصح أن تجاز بعد وفاته، كعقد الزواج وما ماثله من كل عقد يعتبر فيه الوكيل سفيرا ومعبرا. وعلى ذلك إذا زوج فضولى امرأة ثم توفى كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته فينفذ بإجازتها ويلزم؛ وذلك لأن الفضولى فى هذه العقود كالوكيل فيها من ناحية أن حكمه حكم الرسول، تنتهى مهمته بانتهاء عبارته، ولذا لايملك إبطالها بعد مباشرته إياها. أما عقود المعاوضات فيلا تنتهى مهمته فيها بانتهاء عبارته لأن مباشرته إياها عند إجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرتها.

(ب) أن تصدر كذلك فى حياة العاقد الآخر حتى يظهر نفاذها فى حته، فيطالب بما أوجبته له من حق، ويطالب بما أوجبته عليه من واجب، فلا تصح إجازة بيع الفضولى بعد وفاة المشترى ولا إجازة إنكاحه بعد وفاة الزوج وهكذا.

(جـ) أن تصدر حال بقاء محل العقد حتى يظهر فيه أثره عند صدورها، فلا تصح إجازة البيع بعد هلاك المبيع؛ لأنه يترتب على الإجازة نفاذ العقد. ونفاذه بظهور أثره في محله، ولايظهر أثره في معدوم. فلا تصح لذلك الإجازة.

فسخ عقوده قبل إجازتها: ومما تقدم يتبين لك أن الفضولى إذا باشر عقدا من العقود اللازمة التى تتوقف على الإجازة لم يلزم إلا بعد إجازته، أما قبلها فهو غير لازم. ولذا يصح فى هذه الحال من الفضولى وممن عقد له أن يبطله بعد قبول العاقد الآخر له، كما يصح لذلك العاقد أن يبطله بعد قبوله. غير أن الفضولى ليس له هذا الحق إلا فى عقود المعاوضات.

أما جواز إبطاله من ذوى الشأن فيه، فلأنه بالنسبة إليهما عقد لم يتم لعدم تحقق الرضا به من أحدهما، ولعدم تمامه لم يتحقق به النزام منهما؛ ذلك لأن أحدهما وهو من عمل له الفضولى له لينزم به، والآخر قد علق التزامه به على رضا الأول به، وذلك بإجازته ولم يتم ذلك، وأما جواز إبطاله من الفضولى فلأنه يترتب على نفاذه بالإجازة إلزام الفضولى بحقوقه باعتباره وكيلا فيه كما قدمنا، فكان له أن يتجنب ذلك بإبطال العقد حتى لايلتزم بما لا يريد أن يلتزم به من حقوق، ولهذا لم يكن له هذا الحق إلا في العقود التي ترجع إليه حقوقها عند عند الإجازة وهي عقود المعاوضات، أما العقود التي لا ترجع إليه حقوقها عند الإجازة، بل تنتهى مهمته بانتهاء عبارته فلا يقبل منه أن يبطلها، كالنكاح، وقد أخذ التشريع الوضعى برأى الحنفية.

خلاصة الباب

الفضولى: من يباشر تصرفا من غير ولاية. كمن يبيع مال غيره بدون ولاية عليه، وعقده صحيح موقوف على إجازة ذى الولاية، فإن أجازه نفذ، وإن رفضه بطل. وذلك إذا توافر فيه شرطان:

الأول - ألا يجد العقد نفاذا على الفضولى نفسه إذا ما رفضه ذو الولاية عليه والشأن، وذلك كالبيع والإجارة، فإن وجد نفاذا كالشراء والاستنجار وقع صحيحا نافذا، وأما لمن عقد له عند إجازته. وإما للفضولى عند رفضه؛ وذلك لإمكان اعتباره مشتريا لنفسه أو مستأجرا لنفسه، إذ لا ضرر على غيره في ذلك، وقد التزم بتعاقده.

الثانى ـ أن يكون للعقد مجيز عند إنشائه، ومعنى ذلك: أن يكون لذى الشأن فيه والولاية حق مباشرته، فإن لم يكن له ذلك لـم يتوقف وبطل، وذلك كأن يبيع الفضولى مال الصغير بغبن فاحش أو يهب ماله.

وإجازة عقد الفضولى تجعل الفضولى فى حكم الوكيل عند مباشرته، ولذا قيل: «إن الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة» ولذا ينفذ العقد من وقت إنشائه، حتى إذا كان للمبيع زوائد فيما بين إنشائه وإجازته كانت للمشترى.

ولكى تكون الإجازة صحيحة، يجب أن يتوافر فيها ثلاثة شروط:

الأول ـ أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كانت لعقد من عقود المعاوضات التى ينقلب بها الفضولى وكيلا، إذ سيترتب عليه رجوع حقوق العقد إلى الفضولى، فوجب أن يكون حيا حتى يطالب بها. أما في غيرها فيصح أن يصدر بعد وفاته كما في عقد الزواج إذ إن مهمته تنتهى بانتهاء عبارته.

الثانى _ أن تصدر فى حال حياة من تعاقد معه الفضولى حتى يظهر نفاذ العقد فى حقه، فلا يصح إجازة البيع أو الزواج بعد وفاة ذلك العاقد.

الثالث _ أن تصدر حال بقاء محل العقد. فلا تصح بعد هلاك المبيع في عقد البيع ولا بعد وفاة الزوجة في عقد الزواج، لكي يظهر أثر العقد في المحل عندها.

هذا ماذهب إليه الحنفية. ويرى الشافعية أن عقد الفيضولى باطل فى جميع الحالات، وعقد الفيضولى قبل إجازته غير لازم. فلصاحب الشأن فيه إبطاله كما قدمنا، وللعاقد الآخر كذلك إبطاله عندئذ؛ لأن الترامه معلق على قبول الآخر وإجازته، ولم يتم ذلك. أما الفضولى فليس له إبطاله إلا إذا كان عقدا من عقود المعاوضات، حتى يخرج بذلك من تبعة رجوع الحقوق إليه عند الإجازة.

باب العقد يباشره شخص واحد

علمنا بما مضى أن بعض أنواع الالترامات قد تتم من جهة واحدة. فتنعقد لذلك بعبارة واحدة صادرة من الملتزم. وذلك كما فى الوقف والطلاق والعناق والرجعة والإبراء والوصية لن لا يتأتى منهم القبول كالفقراء والمستشفيات والمساجد، فكل هذه الالتزامات تتم بعبارة الملتزم دون أن تتوقف على عبارة تصدر من شخص آخر، وإن كان بعضها يرتد بالرد، لما فيه من معنى التمليك، كما فى الإبراء عند الحنفية.

وكذلك عرفنا أن العقود التي يتوقف وجودها شرعا على توافق إرادتين يتوقف انعقادها على صدور عبارتين دالتين علي وجود هاتين الإرادتين وتوافقهما، ولذا كان إنشاؤها نتيجة لتعاقد شخصين يكون من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول، كما في البيع والإجارة والنكاح وما إليها.

و > ذلك تبينا أن العاقد قد يكون عاقدا لنفسه فيكون أصلا في تصرفه، وقد يكون عاقدا لغيره نيابة عنه فيكون وكيلا أو وليا. وإذن يجوز أن تتعدد صفة العاقد فيباشر العقد لنفسه ولغيره في آن واحد. فيكون فيه أصيلا بالنسبة لنفسه، ووكيلا أو وليا بالنسبة لغيره، كما قد يكون فيه وليا على طرفيه أو وكيسلا على طرفيه مثال ذلك: أن توكل امرأة شخصا في أن يزوجها بنفسه، فيقول: تزوجتها، أو أن يكون لشخص ابنة عم تحت ولايته فيقول: زوجتها بنفسى، أو أن يكون لشخص صبى وصبية تحت ولايته وهما ابنا عم وهو عمهما الولى عليهما فيقول: زوجت هذه الصبية بهذا الصبى، أو أن يوكل شخص آخر في أن يزوجه بفلانة وتوكله هي عوكلى فلان. ففي كل هذه الصور لم يوجد إلا عبارة واحدة من شخص واحد. أيضا في أن يزوجها بهذا الشخص، في قول الوكيل عنهما : زوجت موكلتي فلانة ولكنها مع ذلك تدل على وجود إرادتين متوافقتين؛ لأنها صادرة من شخص ذي صفتين. فباعتبار صدورها منه على أنها له تدل على وجود إرادته ورغبته في إنشاء العقد. فقامت مقام الإيجاب وهي نفسها باعتبار صدورها منه على أنه وكيل عن آخر مثلا تدل على وجود إرادة للموكل في إنشاء هذا العقد، فقامت مقام الإيجاب وهي نفسها باعتبار صدورها منه على أنه وكيل عن وإذن يرى أنها في العيبار إيجاب وقبول في آن واحد. وبذلك تم الارتباط،

ويوجد عقله الزواج بعبارة واحدة صادرة من شخص واحد وقائمة مقام كل من الإيجاب والقبول. ومرجع ذلك إلى قيامه مقام شخصين وقيام عبارته مقام عبارتين. وهذا ماذهب إليه الحنفية خلافا لزفر والشافعي، فإنهما قالا: إن مثل هذا العقد لايتم بعبارة واحدة، إذ لا يتصور أن يكون العاقد الواحد مُمَلَّكا ومُمَلِّكا (١)؛ لأن التمليك نسبة تقتضي وجود طرفين أحدهما عمَّكُ والآخـر مُمَلِّك وقد أجيب عن ذلك بأن طرفى النسبة موجودان فعلا، ومن أحدهما كان التمليك بواسطة من قام مقامه وللآخر تم التملك بهذه الواسطة، وقد ورد الأثر دالا على صحة هذا العقد، فقد روى عن رسول الله ﷺ أنه قال لرجل: «أترضي أن أزوجك فلانة؟» قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما بصاحبه، وهو في العقد كان وكيلا عن كل منهما. غير أن أبا حنفية ومحمدا اشترطا لذلك أن يكون العاقد ذا ولاية من الجهتين، حتى تكون إرادته بهذه الولاية إرادة لكل من الجهتين، فلو كان ذا ولاية عن إحداهما وفضوليا بالنسبة للأخرى لم ينعقد عقد الزواج، خلافا لأبي يوسف. احتجا بأن العاقد إذا كان فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين لم تكن عبارته قائمة مقام عبارتين؛ ذلك لأنها لاتدل حينئذ إلا على وجود إرادة واحدة، فإنه لو كان فضوليا بالنسبة للزوج ووكيلا عن الزوجة فإن إرادته حينشذ هي نفسها إرادة الزوجية، وعندئذ لايكون إلا إرادة واحدة هي إرادة العاقد وهي في الوقت نفسه إرادة الزوجة، ولاتكون عبارته دالة على غيرها. فلا تقوم منقام عبارتين دالتين على وجود إرادتين مستقلتين. واحتج أبو يوسف بأن العقد تم بين شخصين: فضولي ووكيل اتفاقا، وذلك يقتضي أن يتم بعبارة شخص هو فضولي بالسبة لجانب ووكيل عن الجانب الآخر؛ لأنه يعتبر كأنه حدث بين فضولي ووكيل، ففي الحالين توجد عبارة الفضولي المعبر عن إرادته الخاصة، وهي بنفسها تعتبر عبارة صادرة من الموكل معبرة عن إرادته الخاصة .. في إحدى

⁽١) قال السيوطي في الأشباه والنظائر: اتحاد الموجب والقابل ممنوع إلا فيما يأتي:

١ ـ الأب والجد في بيع مال الطفل لهما وبيع مالهما للطفل وكذا في الهبة والرهن.

٢ ـ تزويج الجد بثت ابنه بابن ابنه الأخر على الأصح.

٣ ـ إذا تزوج الإمام بمن لا ولى لها.

٤ ـ إذا وكله بالبيع وأذن له في البيع من نفسه وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة عمد بعض الشافعية لانتفاء النهمة.

الصورتين _ وتوجد معها فى الصورة الثانية عبارة الـوكيل المعبرة عن إرادة الموكل الخاصة. وليس يضير أن تصدر العبارتان أو العبـارة الواحدة القائمة مقامـهما فى إحدى الصورتين _ وهى أن يقـوم بالعقد شخص واحد هو فـضولى ووكيل _ من شخص واحد، إذ إنها قد صدرت منه باعتباره ذا صفتين مختلفتين.

ورد ذلك بأن العقد حين يتم بين فضولى ووكيل يكون قد تم بعبارتين وإرادتين لشخصين، فكان لكل منهما عبارة وإرادة مستقلة عن الأخرى، بخلاف ما إذا قام به شخص واحد هو فضولى ووكيل كما قدمنا. فإنه لايوجد فى الواقع إلا إرادة واحدة هى إرادة المباشر للعقد، وقد أمكن أن نجعلها كذلك إرادة لشخص آخر حتى يتم العقد بالإرادتين، فبطل لذلك العقد؛ لأن الموجود أحد شطريه فقط. بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد وكيلا عن الجانبين فإن إرادته الوحيدة أمكننا أن نجعلها بوساطة وكالته عن أحد العاقدين إرادة له، وبوساطة وكالته عن العاقد الآخر إرادة له أيضا، فكان لدينا إرادتان لشخصين هما الموكلان فيتم بهما العقد، ولو صح ما ذكره أبو يوسف لم يمكن أن يوجد فى وقت ما شطر واحد من عقد إذ يمكن اعتبار أية عبارة تصدر من شخص واحد فى قوة عبارتين صادرتين من فضولين فيصح لذلك العقد. والنتيجة: أنه لابد لإنشاء العقد عند الطرفين من وجود عبارتين حقيقيتين من شخصين، أو وجود عبارة واحدة من شخص تقوم مقام عبارتين من شخصين آخرين بواسطة الولاية، خلافا لأبى يوسف.

وكان مقتضى ما ذكرنا أن ذلك كما يجوز في عقد النكاح يجوز في عقود المعاوضة كالبيع، ولكنهم ذكروا أن عقود المعاوضة لاتنعقد إلا بين شخصين حقيقيين يصدر من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول. ولاتتم بعبارة واحدة، والسبب في ذلك: أن كل طرف فيها يستفيد منها آثارا خاصة، وما يستفيده أحدهما من الآثار يتنافى مع ما يستفيده الآخر منها، وإن حقوقه ترجع إلى من يباشرها وهي حقوق متعارضة، فما يرجع منها لأحد العاقدين يتعارض مع مايرجع إلى العاقد الآخر، فلا يصح أن ترجع كلها إلى عاقد واحد، فلو أن عقد البيع يتم بعبارة شخص واحد باعتباره وكيلا عن الطرفين مثلا لكان باعتباره وكيلا عن المشترى مطالبا عن البيع ومطالبا بالثمن، وباعتباره وكيلا عن المشترى مطالبا بالاستيلاء على المبيع ومطالبا بأداء الشمن، ولايتاتي أن يكون الشخص الواحد

مطالبًا ومُطالبًا بشيء واحد في آن واحد، فلذلك لاتنعقد هذه العقود بعبارة شخص واحد (١). وهذا بخلاف عقد النكاح. فإن الحقوق فيه لا ترجع إلى من باشره، ولكن ترجع إلى طرفيه وإن باشره عنهما واحد، لأنه يعتبر سفيرا عنهما. وتنتهي بمهمته بانتهاء العبارة (٢).

⁽¹⁾ ومع هذا فقد استثنى الفيقهاء من ذلك الأب إذا باع ماله لولده الذي تحت ولايته أو اشترى منه ماله لنفسه، أو باع مال أحد ولديه للأخر وهما تحت ولايته، ومثل الأب في ذلك الجد. وكذا الوصى المختار عند بعض العلماء إذا تصرف لنفسه، فينعقد البيع في مثل هذه الصور بعبارة واحدة تصدر من الأب أو من الجد أو من الوصى المختار مع مراعاة شروط خاصة، وكذلك القاضى فإنه يجوز له أن يبيع مال أحد القاصرين للآخر بعبارة واحدة، وستعرف جميع الصور المستناة في موضوع دراستها، وإن سبب هذا الاستناء يرجع تارة إلى وفور الشفقة في مثل الآب والجد، وإنهما لذلك لايتظر منهما أن يضغلا حقوق موليهما لمصلحتهما، ولذا لم يكن لوكيلهما هذا الحق لعدم شفقته، فلا يرجى منه مايرجى منهما. وتارة يرجع إلى تحقق المصلحة وعدم احتمال الفسرر بسبب ما وضع لذلك من قيود كما في بيع الوصى ماله لموليه. أو شرائه مال موليه لنفسه. وتارة إلى اعتبار العقد من باب القضاء إذا ما صدر من قاض وذلك لأن القدرة فيه على التنفيذ متوافرة.

⁽٢) وذهب أحمد إلى جواز تولى الشخص الواحد طرفى العقد عن عاقديه سواء أكمان عقد زواج أم عقد معاوضة كالبيع، فيسجوز أن يتولاه وكيل عن الطرفين البائع والمشترى؛ ذلك لأن حقوق العمقد ترجح عنده الموكل. راجع كشاف القناع «ج٢ ص٢٣٩» من باب الوكالة.

خلاصة الباب

قد تتعدد صفة العاقد عندما ينشئ عقدا من العقود. كأن يكون مع ثبوت ولايته على نفسه وعلى ماله وكيلا عن آخر، أو وليا أو وصيا أو قيما عليه، وقد يجمع بين كل هذه الولايات.

ففى هذه الحال إذا باشر عقدا من العقود التى لاتنشأ إلا بعبارتين أو إرادتين، كالزواج والبيع وما ماثلهما، فهل تقوم عبارته مقام عبارتين؟

إذا كان العقد من العسقود التي لاترجع الحقوق فيها إلى المباشر لها باعتباره مبدرا، كالزواج فإن العقد يتم بعبارته وحدها، فإذا كان وكيلا عن امرأة في تزويجها بنفسه، تم العقد بقوله: زوجت فلانة بنفسي، وإذا كان وكيلا عن الزوجين أو وليا عليهما أو وكيلا عن أحدهما ووليا على الآخر تم العقد أيضا، بقوله: زوجت فلانة بفلان. فتكون عبارته إيجابا بالنظر إلى أحد الطرفين. وقبولا بالنظر إلى الآخر، ويتم العقد بتوافق الإرادتين اللتين عبرت عنهما عبارة المباشر للعقد، لايشترط شيء سوى ذلك عند أبي يوسف. واشترط الطرفان أن يكون المباشر للعقد ذا ولاية عن الطرفين، سواء أكانت بوكالة أم بولاية، فلا يصح العقد إذا باشره شخص هو فيضولي عن أحد الطرفين، وإن كان ذا ولاية عن الطرف الأخر؛ لأن الموجود عند ذلك هو أحد شطرى العقد فيقط، إذ لا يمكن اعتداد عبارته بمنزلة عبارتين، لعدم الولاية عن الطرفين جميعا فيها.

وإذا كان العقد من عقود المعاوضات كالبيع لم يجز أن ينعقد بعبارة واحدة، إذ إن الحقوق فيها ترجع إلى المباشر لها. فيكون مُطَالِبا ومطالبا في آن واحد بشيء واحد، فإن كان وكيلا عن طرفى البيع كان في وقت واحد فطالبا بالثمن، ومطالبا به، وذلك تناقض لايقبل. واستثنى من ذلك عقد الأب في شرائه مال ابنه، أو في بيعه ماله لابنه، ومثله عقد الجد والوصى والقاضى.

وذهب أحمد إلى جواز تولى العاقد الواحد طرفى العند فى جسميع العنود متى كان ذا ولاية. وذهب الشافعي إلى عدم جواز ذلك مطلقا.

باب حكم العقد

يستعمل الفقهاء «حكم العقد» في أحد الأمور الثلاثة الآتية:

- (۱) فتارة يريدون منه مايكون للعقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له، أو إلى نهيه عنه، فيقولون: حكم الزواج أنه واجب أو سنة أو مكروه، وحكم البيع أنه مباح أو مكروه أو حرام، إلى غير ذلك.
- (٢) وتارة يريدون منه ما للعقد من أثر مترتب عليه شرعا، فيقولون: حكم الزواج أنه يفيد ملك المتعة، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه، وحكم البيع: أنه يفيد المشترى ملك المبيع، والبائع ملك الثمن، وحكم الحوالة: أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، وهكذا.
- (٣) وتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود تترتب عليه آثاره أو لا تترتب، أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة فيقولون: حكم هذا الزواج أنه باطل لاتترتب عليه آثاره، وحكم هذا البيع: أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه، فإن أجازه نفذ وترتبت عليه آثاره، وإن رفضه بطل، ولم يترتب عليه أثر. وحكم عقد الوكالة: أنه غير لازم، لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه. وحكم عقد الإجارة أنه لازم، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه، وهكذا. وهذا المعنى الأخير: هو مانريد أن نفصل التول فيه الآن.

أفسام العقد عند الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم من هذه الناحية ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، ويريدون بالعقد الصحيح ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له في محل قابل لحكمه. ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيا عنه شرعا. فإن كان العقد بيعا لزم لصدوره صحيحا أن يباشره شخصان عيزان بإيجاب وقبول متوافقين، دالين على إنشائه في محل قابل لحكمه، وهو المال المتقوم، ولم يقترن به توقيت ولاجهالة في المبيع ولاعدم تقوم في الثمن، ولم تلابسه جهالة في احشة، ولم يصاحبه مايوجب غررا أو يفضى إلى نزاع، أو يؤدى اللي فقد شرط من شروط صحته، ولا غير ذلك عا جعله الشارع سببا للنهي عنه.

وإن كان نكاحـا وجب أن يصدر من مميزين بعـبارتين دالتين على مـعناه فى محله وهو المرأة، غيـر مقارن كذلك لـوصف كرهه الشارع فيـه ونهى عنه بسببه. كأن يكون بلا شهود أو تكون المرأة محرمة بسبب من أسباب التحريم، وهكذا.

فإن كان أحد طرفى العقد مجنونا أو صبيا غير عميز لم ينعقد العقد أصلا، وكذلك إذا وجد أحد شطريه فقط وهو الإيجاب، أو كانت صيغته فى محل لايقبل حكمه كبيع الميتة، فقد علمت أن العبارة إذا صدرت من غير مميز كانت مهدرة ولا اعتداد بها كأنها لم تصدر. وكذلك إذا كانت الصيغة محتملة الدلالة فأمكن حملها على العدة أو المساومة لم تعتبر كذلك، أو كانت بينة الدلالة على المعنى ولكن فى محل لايقبل حكم العقد. ومثل ذلك فى الحكم ما إذا باع مالا بما ليس بمال أصلا؛ لانعدام معنى البيع فيه لأنه بيع بلا ثمن، ولابيع بلا ثمن لعدم تحقق المعاوضة التى هى أساس البيع. ففى هذه الصور وما أشبهها لم يوجد عقد البيع المسروع. إما لانعدام ركنه كما إذا لم يوجد قبول أو وجد من مجنون، أو لعدم سلامته كما إذا كان غير بين الدلالة. وإما لعدم وجود محله القابل لحكمه لعدم سلامته كما إذا كان الشمن غير مال. وإذا لاحظت أن له فى بعض هذه وإما لانعدام معناه كما إذا كان الثمن غير مال. وإذا لاحظت أن له فى بعض هذه الحالات صورة خارجية فهى صورة لايلتفت إليها الشارع ولا يرتب عليها أثر.

وقد يوجد العقد بوجود أركانه ومحله ومعناه ولكن على صفة لايقرها الشارع، كأن يبيع داره مدة عشر سنوات، أو يبيعها بمال غير متقوم كالخمر، أو يبيعها بشمن مؤجل إلى وقت الميسرة (١)، أو يبيع دابة غير معينة من دوابه بعشرة جنيهات، أو يضيف البيع أو يعلقه. فنفى مثل هذه الصور وجد العقد ولكن على صفة تفضى إلى النزاع، أو إلى تملك مانهى الشارع عن تملكه، أو إلى الغرر. فكان لذلك منهيا عنه، ولم تسلم لذلك أزكانه أو محله فلم يكن صحيحا.

العقد الباطل: ومما تقدم يتبين لنا أن العقد لايكون صحيحا لسبب من سبين:

الأول ــ عدم وجوده شرعا لعدم وجـود بعض أركانه أو لعدم وجود محله، أو لانتفاء معناه.

الثاني _ عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها.

⁽١) ذهب أهل الظاهر إلى صحة التأجيل لوقت المسرة وقت النعاقد. واجع المحلى لابن حزم.

فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلا عند الحنفية، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد، والبطلان أو عدم الانعقاد شرعا لاينافي أن يكون للعقد صورة في الخارج. وهو مايسمي بالوجود الحسى، فإذا ماتبايع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حسا. فإن المراد بالوجود الحسى مما يدركه الحس السمع أو البصر من كلام العاقدين أو كتابتهما عما يتكون منه العقد في الخارج، وإذن فالعقد الباطل هو مالم يشرع أصلا. أو ما لم يعتبره الشارع موجودا، وإن وجدت له صورة في الخارج، ولذا لايصلح لأن يترتب عليه أي أثر من آثاره؛ لأنه معدوم شرعا، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر.

العقد الفاسد: وإذا كان السبب الثانى كان العقد فاسدا عند الحنفية، وهو عندهم عقد موجود فى الخارج بوجود أركانه ومحله، وتحقق معناه وإرادة إنشائه والقصد إليه والرغبة فى آثاره، فإنك لو بعت كتابك إلى صديق لك بجنيه مؤجل إلى وقت ميسرته فقد أنشأت عقدا توافرت فيه أركانه من الإيجاب والقبول الصادرين من أهلهما الدالين على المعنى المطلوب. وتوافر فيه كذلك محله القابل له وهو الكتاب، وكان تمليك الكتاب على هذا الوجه مرادا لكما مرغوبا فيه.

وقد علمنا في ما مضى أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول، وأن الانعقاد هو الارتباط بينهما الذى كان نتيجة هذا الربط. وأنه إذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد تحقق الارتباط بين العاقدين بتوافق إرادتيهما وعبارتيهما، ولامعنى للعقد إلا هذا، ولكن لما لازمه وصف منهى عنه. وهو التأجيل إلى أجل مجهول، وكان ذلك مؤديا إلى النزاع كان العقد على هذا الوجه منهيا عنه من الشارع. ولا يقره لوجود هذا الوصف فيه. ولهذا أمر بعدم إنفاذه، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم، وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه، فإن قاما بذلك وإلا قام به القضاء، وألزمهما به.

ذلك هو العقد الفاسد عند الحنفية، وإذن ففى العقد الفاسد ناحيتان: إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع، وهى من ناحية أصله «أركانه ومحله». وثانيتهما: معيبة غير مشروعة للنهى عنها، وهى ناحية صفته التى وجد

عليها، ولذلك قيل فى تعزيف الفاسد: ماشرع بأصله دون وصف. وقبل فى تعريف الباطل: ما لم يشرع أصلا لا بأصله ولا بوصف. وقبل فى تعريف الصحيح: ما شرع بأصله ووصفه. وبهذا تجلى لنا الفرق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد والباطل. كما وضح الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

فالعقد الصحيح: عقد موجـود حسا وشرعا، بمعنى أن الشـارع يقره ويأمر بالوفاء به.

والعقد الباطل: عقد غير موجود، إما لأنه لم ينعقد، ولم يرتبط فيه طرفاه، بسبب أن لاقصد فيه ولاإرادة، وإما لعدم تحقق معناه، ولذا فقد توجد له صورة تامة في الخيارج، وقد لاتوجد، وعلى أية حيال فهو غير منعقد، أما عند عدم الإرادة فالأمر ظاهر، وأما عند انعدام مايتحقق به فالأمر أظهر، لأنه لم يوجد معناه بالمرة.

أما العقد الفاسد: فهو عقد موجود الصورة دائما فى الخارج؛ وهو مع ذلك منعقد كما قدمنا. ولكن الشارع لايقر انعقاده، بل يكرهه، ويأمر دائما برفعه وفسخه. حتى إذا لم يمتشل العاقدان قام القضاء بذلك جبرا عنهما إذا ما رفع إليه الأمر مالم يحصل مايمنع من ذلك بما سيأتى الكلام عليه فى العقود عند تفصيل أحكامها. وذلك آية إقرار الشارع وجوده فى الجملة، وترتيب بعض الآثار عليه مما متعرفه كذلك فى الكلام على كل عقد بالتفصيل.

أقسام العقد عند الجمهور: وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط: صحيح وباطل، وإن شئت قلت: صحيح وفاسد، فلا فرق عندهم في المعنى بين الباطل والفاسد. فهما كلمتان مترادفتان إلا في مواضع قليلة عند الشافعية لايتسع المقام لذكرها وتفصيل أحكامها.

ويعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامة، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لايرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب، سواء أكان ذلك السبب راجعا إلى أركانه أم إلى أوصافه، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية، وهذا التعريف مطرد عند الشافعية والحنابلة على رواية؛ لأنهم لايقرون العقد إذا صدر ممن ليست له ولاية

إصداره، كبيع الصبى الميز وهبته وبيع الفضولى والسفيه، فيجعلونها عقودا باطلة أو فاسدة «على معنى الفساد عندهم» لاتصححها إجازة ذى الولاية، أما عند المالكية فلا يطرد لأنهم يقرون عقد الفضولى فى المعاوضات على الأقل، فيجعلونه صحيحا^(۱) يتوقف نفاذه وظهور آثاره على إجازة ذى الشأن، إن أجازه نفذ وإلا بطل. ولذا يكون العقد الصحيح عندهم ما صلح لترتب آثاره عليه. حتى يعم عقد الفضولى. ولكن العقد الصالح لذلك عندهم مع هذا أضيق دائرة من الصالح عند الحنفية، فإن عقد الصبى الميز مثلا فى المعاوضات صحيح عند الحنفية فيشمله الصالح، وغير صحيح عند المالكية فلا يشمله الصالح عندهم.

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم: وأساس هذا الخلاف بين الحنفية وغيرهم يرجع إلى خلافهم في أمر آخر. وهو الأثر الذي يترتب على نهى الشارع إذا مانهى عن عقد من العقود لعدم توافر ماشرط فيه من شروط، أو لسبب آخر؛ فغير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعا، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأه مخالفا أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقدا في نظر الشارع. ولم يكن له وجود في اعتباره وحكمه، سواء أكان النهى راجعا إلى أصله أم راجعا إلى وصف لازم عارض له، وليس هذا محل خلاف بين الشافعي ومالك وأحمد. (فإن رجع النهى إلى أمر معاور للعقد غير لازم له، بل يصح أن ينفك عنه،كان الحكم كذلك عند بعض المالكية، وهو رواية عن أحمد، وخالفهم الشافعي وبعض المالكية فجعلوه مقتضيا لكراهة العقد فقط) كما ذهب الحنفية، وهذه رواية أخرى عن أحمد.

ويرى الحنفية أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد بأن كان لخلل فى أركانه أو فى محله، أو لعدم تحقق معناه فمقتضاه بطلان العقد وعدم وجوده شرعا؛ ذلك لأنه يكون دليلا على عدم صلاحية محل النهى لتكوين العقد وإيجاده فى نظر الشارع؛ لأن النهى عنه يقتضى بطلانه، والباطل لايكون عنه إلا باطل، ولذا يكون العقد فى هذه الحال باطلا.

وإن كان يرجع إلى وصف ملازم للعـقد عارض له كان مقـتضاه بطلان هذا

⁽١) راجع شرح الدردير في كتاب البيع.

الوصف وفساده وعدم مشروعيته، وكانت حقيقة العقد أو ذاته مسروعة، لأن النهى لم يتعلق بها. وإنما تعلق بما عرض لها وأدخل عليها، وهو أمر آخر حارج عنها. وبناء على ذلك تكون ذات العقد وحقيقته سالمة من النهى أو من الفساد، ويكون ما عرض لها هو المنهى عنه أو الفاسد، وبذلك يتميز هذا النوع من العقوم من غيره. فيتميز من العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف، ولايمكن لذلك أن يعد صحيحا، ويتميز من العقد الباطل بأنه سليم الذات ولايمكن لذلك أن يعد باطلا؛ لأن الباطل لاتسلم ذاته. فوجب لهذا أن يكون قسما بين الصحيح والباطل لا هو بالباطل، وسمى لذلك بالفاسد.

وإن كان يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم له وليس شرطا فيه وإنما عرض له بسبب المجاورة كان مقتضاه الكراهة فقط للإقدام عليه في هذه الحال. والأمثلة كثيرة، منها:

(۱) ماروی عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لاتشتروا السمك فی الماء فإنه غرر وماروی عن إياس (۱) أن النبی ﷺ نهی عن بيع في ضل الماء. وما روی عن جابر أن النبی ﷺ وما خمر والميتة والخنزير. فالنهی فی هذا جميعه يرجع إلى أصل العقد. لأنه يرجع إلى خلل فی محله، فإن السمك فی الماء وكذلك فضل الماء وكذلك الخمر والخنزير كل هذا ليس مالا متقوما، والميتة ليست عال أصلا، ومحل البيع يجب أن يكون مالا متقوما، ولهذا كان العقد فی هذه الصور _ إذا أقدم عليه عاص _ باطلا ولا خلاف بينهم فی ذلك.

(۲) ما رواه ابن عسمر^(۲) قال: كــانوا يبتاعــون الجزور^(۲) إلى حبل الحــبلة فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك، وماروى عن أبى هريرة⁽¹⁾: نهى النبى ﷺ عن

⁽۱) هو أبو أمامة إياس بن ثعلبة الأنصاري له أحاديث انفرد بها.

⁽۲) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب إمام متين واسع العلم كثيــر الأتباع وافر للنسك خالصه كبير القدر متين الديانة عظيم الحرمة، رشح للخلافة يوم التحكيم وخوطب في ذلك فأبى، توفى سنة ٧٤، وقد هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان وله ١٦٣٠ حديثا.

 ⁽٣) الجزور من الإبل يطلق على الذكر والأنثى والجمع جزر كرسول ورسل، ولفظ الجنزور مؤنث، يقال:
 رعت الجزور. قاله ابن الأنبارى.

⁽٤) أبو هريرة هو عبدالرحمن بسن صخر الدوسي له ٥٣٧٤ حديثا كان كشير العبادة توفي سنة ٥٩ عن ٨٧

بيعتين في بيعة، ففي الحديث الأول أن العرب كانوا يشترون الناقة بثمن مؤجل إلى حبل الحبلة (والحبلة جمع حابل ككتبة وكاتب) أي على أن يدفعوا ثمنها عندما يحمل ولدها، فنهاهم الرسول عن ذلك، وكانوا يبيعون الشيء لشخص على أن يبيعهم شيئًا آخر من ماله فنهاهم الرسول عن ذلك، وهذا النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له وهو جهالة الأجل المشروط في الصورة الأولى، واشتراط شرط قمد يؤدي إلى النزاع في الصورة الشانية إذا لم يتم الاتفاق على بيع الشيء : الآخر. وذلك بعيد عن أصل العقد وعما يتكون منه. ولكنه عارض لازم له، لأنه إنما عقد على ذلك، وعليه تم الرضا. وفي مثل هذا يرى الحنفية أن نفس العقد وذاته مشروعة لم يتوجه إليها منع، وإن ما ألحق بها من أجل أو شرط غير . مشروع، وإليه توجه النهي، فكان العقد لذلك مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه، ولذلك كان فاسدا. ويرى غيرهم أن العاقدين إنما قصدا إلى صفقة معينة أو إلى عقد مخصوص، وذلك عبارة عن العقد وما ألحق به من وصف أو شرط، والعقد على هذا الوجه منهى عنه بنص الحديث. ألا يرى إلى النهي كيف صدر منصباً على العقد بالحال التي صدر عليها؟ ففي الحديث أنه عليه السلام نهى عن هذا الوجه غير مـشروع؛ لأن المركب من المشروع وغير المشروع تكون جـملته غير مشروعة، وعدم مشروعيته يستلزم عدم إقرار الشارع له، وإن شئت قلت عدم اعتباره موجودا شرعا. وإذا كان غير موجود في نظر الشارع واعتباره لم يرتب عليه أثرا؛ لأنه معدوم. وإنما تترتب الآثار على العقد عند وجوده. وإذا كان الأمر كـذلك كان العـقـد باطلا أو فـاسدا على معنى أنه لاوجـود له في نظر الشـارع واعتباره.

وقد رد الحنفية على ذلك بأن النهى عن الشيء لصفة لحقت به لايستلزم عدم إقرار الشارع له باعتباره سببا مستتبعا لآثاره، ولايستلزم كذلك اعتباره معدوما في نظر الشارع من كل وجه، والنهى عن الصفة لايستلزم النهى عن ذات الموصوف ومانهى الشارع عن ذات العقد، وإنما أراد النهي عن أن يوجد مع هذا الوصف فكان النهى في الواقع عن الصفة، والشارع قد يعمد إلى أمر من الأمور فيجعله سببا لأثر معين إذا وجد معه ثم يرى من المصلحة ألا يوجد هذا السبب إلا على شكل خاص فيأمر بذلك، وينهى عن أن يأتى به إنسان على خلاف ذلك الشكل،

ويرتب العقباب على من يخالف ذلك، ثم يسرى مع هذا أنه يستتسبع أثره على أية حال، وذلك كما في الطلاق. فقد جعله سببا للفرقة بين الزوج وزوجته. ونهى أن يكون في حيض، ومع ذلك فقد جعله مستتبعا لأثره وهو الفرقة إذا وقع في الحيض (۱) فقد روى عن ابن عسر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر ذلك للنبي عليه أن فقال له: «مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر (۲) ثم تحيض فتطهر. فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فأمره عليه السلام بمراجعتها دليل على أن الطلاق حال الحيض أفاد أثره مع أنه منهى عنه، وذلك دليل على أن النهى عن السبب لأمر عارض له لايطل سببيته.

(٣) ما جاء في الذكر الحكيم: ﴿ إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ وما رواه أبو هريرة من نهى النبي ﷺ عن النجش (٣).

فالآية أمرت بترك البيع عند النداء لـصلاة الجمعة، وذلك نهى عنه فى ذلك الوقت، والحديث نهى عن بيع يعقب نجشا، والنهى فى الموضعين لأمر مـجاور للعـقد لا لـذاته ولا لعارض لازم له، إذا ليس شرطا فيه، وفى مثل هذا يرى الحتفية والشافعية وبعض المالكية أنه لايؤثر فى مشروعية العـقد، ولا فى وجوده الشرعى، ولا فى ترتب آثاره عليه، وإنما يستتبع كراهة إنشائه فى ذلك الوقت. وإذن فالنهى متعلق بإيقاع العقد وإيجاده فى هذا الوقت. وذلك فعل للعاقد، وهو غير عقده، ولا تعلق له بنفس العقد، ألا ترى أنه يستطيع أن ينشئ العقد نفسه فى وقت آخر قبل هذا الوقت أو بعده؟ وإنما كرهه الشارع لمجاورته هذا الوقت وإيقاعه فيه وصيرورته لذلك سببا فى عدم السعى إلى الصلاة، أو سببا فى كسب غير طيب. ويرى أحمد بن حنبل ومن تابعه أن هذا النهى أيضا يقتضى فساد العقد.

⁽۱) هذا لاينهض دافعا لما ذهب إليه الشافعية، لأن النهى عن الطلاق فى الحيض لوصف مجاور فلا يفتضى الفساد عندهم وإنما يتشفى الكراهة، والعقد المكروه يشرتب عليه اثره باتفاق، وعلى ذلك يكون النبى عن الطلاق فى الحيض كالنهى عن البيع وقت النداه إلى صلاة الجمعة، مرجع النهى فيسهما إلى الوقت وهو أمر مجاور لا لوصف ملازم للعقد.

⁽٢) أمر بإمساكها حتى تطهر لكى يتسنى له أن يتمتع بها فى ذلك الطهر فربما كان ذلك سببا فى عدوله عن الطلاق وإمساكها نهائيا، وبسهذا أيضا لاتكون مراجعتها وسيلة متمحضة لطلاقها، فإن المراجعة لاجل الطلاق مكروهة ككراهة النكاح مع نية التطليق عقبه.

⁽٣) النجش: إثارة الصيد من مكانه ليصاده ويراد به إثارة السراغبين في الشراء بواسطة التظاهر بالمساومة في السلعة والزيادة في ثمنها قصدا إلى التغرير بهم.

لأن العقد في هذا الظرف منهى عنه. وإذا كان كذلك كان غير مشروع فلا يستتبع آثاره الشرعية، وهذه الرواية جزم بها ابن عبدوس في تذكرته واختارها صاحب المحرر. وروى عن أحمد أن هذا العقد صحيح مع الكراهة كما رأى أبو حنيفة، ومن تابعه، وبهذا صرح صاحب المغنى، واختاره الزركشي وقال: إنه المشهور في المذهب اهد. من الفروع (١).

ذلك هو الفرق بين صحيح العقد وفاسده وباطله من حيث المعنى، أما من حيث الأثر فستعرف ذلك عند ذكر أحكام كل عقد تفصيلا، غير أنه ينبغى أن نشير إلى أنه لافارق بين فاسد عقد النكاح وباطله من حيث الأثر عند الحنفية، وذلك يرجع إلى ما في النكاح من الحل والحرمة، ومعنى التقرب به إلى الله تعالى، فالتحق بالعبادات ولا فارق فيها بين الفاسد والباطل؛ لأن كلا منهما منهى عنه، وإذا كان منهيا عنه لم يتصور أن يكون طاعة مطلوبة، فكانا سيان في الأثر.

أقسام العقد الصحيح: ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى موقوف ونافذ، ذلك لأنه إن صدر من شخص له ولاية إصداره فنافذ، ومعنى نفاذه أنه يستبع آثاره، فإذا كان بيعا أفاد المسترى ملك المبيع وأفاد البائع ملك الثمن. وإذا كان زواجا أفاد كلا من الزوجين حق التمتع بصاحبه وهكذا. وإن صدر من شخص هو أهل لإصدراه ولكن ليست له ولاية إنشائه فموقوف، ومعنى وقفه أنه لايترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته عمن له حق مباشرته، فإن أحازه إجازة صحيحة صار نافذا من وقت صدوره، وإن رفضه بطل، ومن أمثلة الأول بيع الرشيد وزواجه، وإجازته إذا كان بيعه وإجارته في ماله، وزواجه لنفسه، مع رشيد مثله يتصرف لنفسه، وكذلك هبته ووصيته، ولو كان قبولهما من الصبى الميز والسفيه والمعتوه المهيز عند الحنفية. وقد علمت أن الشافعي يسجعل العقد الموقوف

⁽۱) وقد اختلف فيه أصحاب مالك، فمنهم من رأى أن النهى عنه فى مثل هذا لا يقتضى فساده. ومنهم من ذهب إلى أنه فاسد وأوجب فسخه ورد السلعة إن كانت قائمة وقيمتها إن فاتت. ومنهم من أوجب الرد عند قيام السلعة، أسا عند فواتها فإنها تمضى بالثمن ا هد. من مقدمات ابن رشد "ج۲ ص ٥٢١٥. ومثل هذا الحكم بيع حاضر لباد. وبيع الرجل على بيع أخيه. وبيع المتلقى، كما فى الإفصاح.

عند الحنفية عقدا باطلا لأنه منهى عنه؛ ولأن الولاية عنده شرط لانعقاد العقد كما تقدم.

الفرق بين الموقوف والمضاف: هذا ومما ينبغى الالتفات إليه التفرقة بين العقد الموقوف والعقد المضاف إلى زمن مستقبل إذا ما صدر ممن له ولاية إصداره، فقد يظن الظان أن آثاره لاتشرتب عليه كالموقوف. وليس كذلك، فإن إرجاء آثاره إلى الوقت المعين أثر من آثار نفاذه في الحال؛ فهو لذلك من العقود النافذة.

أقسام العقد النافذ: والعقد النافذ ينقسم إلى: لازم وغير لازم، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز. ويراد بالعقد اللازم: ما لايستقل بفسخه أحد طرفيه، وذلك كالبيع والصلح والإجارة والمساقاة والمزارعة بعد إلقاء البذر والنكاح والخلع والحوالة، ويراد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بفسخه، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية الوديعة.

وهذا النوع قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه كالشركة والوكالة والعارية والوديعة، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازما بالنسبة إلى الآخر. كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن فله أن يستقل بفسخه، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرئ منها.

وعندى أن النكاح كذلك، فهو لازم بالنسبة إلى الزوجة غير لازم بالنسبة إلى الزوج إذ له أن يطلق، ولا يدفع هذا أن يقال: إن الطلاق ليس فسخا للعقد وإنما هو إنهاء له، لأنه يراد بالفسخ في تعريف اللازم والجائز ما يشمل إنهاء العقد ورفعه بواسطة اتفاق عاقديه أو باستقلال أحدهما. سواء أكان بالطلاق في الزواج، أم بعزل الوكيل في الوكالة، أم بالرجوع في الهبة، وسواء أكان الفسخ للعقد من وقت صدوره كما في فسخ البيع بخيار الشرط، أم إنهاء له من وقت الفسخ كما في فسخ النكاح بسبب خيار البلوغ، وكما في فسخ الهبة بسبب الرجوع فيها. وكما في إنهاء الوكالة بسبب العزل.

ومن العقود اللازمة ما لايقبل الرفع على أية حال كالخلع، ومنها مايقبل الفسخ بتراضى طرفيسها. وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجمارة، ومنها مايصير غير لازم بالشرط، وذلك بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار. وهي عقود المعاوضات كما سيأتي في خيار الشرط.

خيار المجلس: ويجب أن يلاحظ أن ثبوت اللزوم للعقود اللازمة يتحقق بإنشائها وتمامها عند الحنفية والمالكية، وخالفهم الشافعي وأحمد فيما كان منها في معنى البيع، فذهبا إلى أن هذا النوع لايلزم إلا بتفرق العاقدين وانتهاء المجلس. أما قبل تفرقهما فلا يلزم، إلا بأن يخير أحدهما الآخر فيختار العقد. أما قبل ذلك فإنه يكون لكل منهما حق فسخه، مادام في المجلس. وهذا ما يسمى بخيار المجلس. وقد استندا في ذلك إلى ماروى عن ابن عمر أن رسول الله على قال: هإذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع، متفق عليه. وقد حاول الحنفية تأويل هذا الحديث بما لايقنع، فكان الحق مع الشافعي وأحمد. غير أنهما يختلفان في بيان ما يعد من العقود في معنى البيع وما لايعد منها، وإذا أردت البيان فارجع إلى مراجع المذهبين (١).

⁽۱) يرى أحمد أن خيار المجملس يثبت فى الإجارة على عين أو على منفعة فى الذمة كان يستأجر إنسان آخر على حيوان، أو كمان يستأجره لخياطة ثوب. ولايثبت فى قسمة الإجبار ولا فى الساقهاة والمزارعة والحوالة والإقالة والجعمالة والمجملة والمحالة والمضاربة والعاربة والهبة بلا عوض، والنكاح والوقف والحلم والخلم والإبراه. ويرى الشافعى أنه لايثبت فى الإجارة بسائر أنواعها، وكذا المساقاة . واجم كمشاف القناع وج محمد عمد عمد معالم ومابعدها.

. خلاصة الباب

يقسم الحنفية العقد من ناحية ترتب أثره عليه أو عدم ترتبه ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، ويريدون بالصحيح ما كان صالحا لترتب آثاره الشرعية، ويكون كذلك إذا ما تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله، وذلك بأن يصدر بصيغة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له فى محل قابل لحكمه شرعا ولم يعرض له من الأوصاف ما يصير به منهيا عنه شرعا، فإن صدرت الصيغة من مجنون لم يكن لها اعتبار، إذ لاعبارة له، وإن صدرت فى محل لايقبل حكم العقد لم يسلم المحل. وإن كانت محتملة الدلالة لم تسلم كذلك الصيغة، وإن باع مالا بما ليس بمال لم يتحقق معنى عقد البيع، ففى كل هذه الصور العقد غير صحيح أو غير موجود لانعدام ركنه أو لعدم سلامة محله، أو لعدم سلامة ركنه أو لعدم تحقق معناه. وقد يرجع عدم صحته إلى وصف يلحقه كتوقيت عقد البيع أو تاجيل الثمن فيه إلى أجل مجهول أو تعليق صيغته أو إضافتها أو جهالة محله.

ومن هذا يتبين أن العقد لا يكون صحيحا لأحد سببين:

الأول _ انتفاء معناه أو ركنه أو محله أو عدم سلامتهما.

الثاني أعدم سلامته من الصفات التي كرهها الشارع فيه.

فإن تحقق السبب الأول كان العقد باطلا، وإن تحقق الثانى كان فاسدا، ولذا يعرفون الباطل بأنه مالحق الخلل أصله. والفاسد بأنه مالحق الخلل وصفه دون أصله. وقد يقولون فى تعريفهما: الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والفاسد ماشرع بأصله دون وصفه، والصحيح ما شرع بأصله ووصفه.

ويرى الجمهور من الفقهاء قسمة العقد قسمين: صحيح وباطل، وإن شنت قلت فاسد، فالباطل والفاسد سواء عندهم، ويعرفون الصحيح بما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره إثر تمامه. ويعرفون الباطل أو الفاسد بما لاتترتب عليه آثاره لسبب من الأسباب التي تخل به، سواء أكان ذلك الخلل راجعا إلى محل العقد أم إلى ركنه أم إلى وصف به ملازم له، وذلك لأن الخلل إذا أصابه من هذه الناحية كان العقد منهيا عنه شرعا، وإذا نهى عنه الشارع لم يقره

ولم يصلح مع النهى سبب شرعى لترتب آثاره عليه، لأن ترتب الآثار نتيجة اعتباره من الشارع، ولا يعتبر الشارع مانهى عنه، وذلك بخلاف ماإذا رجع النهى إلى وصف غير ملازم كإنشاء العقد في وقت معين مثل وقت النداء إلى صلاة الجمعة، فإن النهى حينذ لايفيد إلا الكراهة، إذ محل الخلل لم يتم الاتفاق عليه.

وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى نافذ وموقوف، ومرجع ذلك إلى صدوره ممن له ولاية مباشرته، فإن صدر ممن له هذه الولاية نفذ، ومعنى ذلك أن آثاره تترتب عليه إثر إتمامه، وإن صدر ممن ليست له هذه الولاية كان صحيحا موقوفا على إجازته ممن له هذه الولاية، ومعنى وقفه عدم ترتب آثاره عليه إلا بعد إجازته، أما الجمهور فالصحيح عندهم نافذ دائما.

ويقسم النافذ قسمين: لازم وغير لازم، فغير اللازم هو ما استقل أحد العاقدين بفسخه، ويعبر عنه غير الحنفية بالجائز سواء أكان لكل منهما الفسخ كما في الوكالة والشركة، أم كان لأحدهما دون الآخر كما في الرهن والكفالة، فإن الرهن لازم بالنسبة للراهن، غير لازم بالنسبة للمرتهن، والكفالة لازمة بالنسبة للكفيل، غير لازمة بالنسبة للمكفول له.

باب الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما

علمنا بما تقدم أن الأساس في إنشاء العقود إرادة عاقدها وقصده إلى إنشائها، وأن هذا القصد وتلك الإرادة لما كانا من الأمور الباطنية التي لاتحس لم يصلحا أن يجعلا مناطا لذلك، ونيط إنشاء التعقود بالعبارة الدالة عليهما، وقد فصلنا ذلك في كلامنا على عبارة العاقد ونيته.

وكذلك بينا فيما مضى أن التعاقد يجب أن يؤسس على التراضى لقوله تعالى في سورة النساء ٢٩ ﴿ يَابِها الدِّينِ آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقوله تعالى في سورة النساء ٤ : ﴿ وَآتُوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ وقوله عن إنما البيع عن تراض وقوله : «لايفترقن بيعان إلا عن رضا ». وقد فسر بعض العلماء الرضا بالاختيار، وذهبوا إلى أنهما شيء واحد. وإذن فإنشاء العقد منوط بالأمرين جميعا: الإرادة والرضا، وهذا مايدعو إلى التساؤل: أهما أمران مختلفان، أو اسمان لمسمى واحد فهما لذلك مترادفان؟

ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن المراد بالرضا هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة، الدالة عليه طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وإن ذلك أثر لاختيار العاقد. وإن شئت قلت: الرضا اختيار العاقد إنشاء العقد أو قصده إلى ذلك. وعلى هذا فالرضا والاختيار وإرادة إنشاء العقد كلها ألفاظ يراد بها عندهم معنى واحد، أو يراد بها معان تتلاقى وتنتهى عند معنى واحد، فالمكره على إنشاء عقد غير مختار ولا راض (۱)، لأنه ما رغب في آثاره، ولا قصد إلى إنشائه بعبارته،

⁽۱) ذهب المالكية إلى أن الإكراه إما أن يكون على العقد، وإما أن يكون على سببه، فالإكراه على العقد كان يكره إنسان آخر على البيع أو على الرهن ونحوه. والإكراه. على السبب كأن يكره إنسان آخر على أن يكره إنسان آخر على أن يدوم إليه مقدارا معينا من المال فلا يجده المكره فيضطر إلى بيع عين من أمواله في سبيل الحصول على هذا المال أو إلى اقتراض هذا المال من شخص ثالث. إذ إن المكره حينئذ لم يطلب منه أن يبع ولا أن يتشرض وإنما طلب منه ما دفعه إلى البيع أو إلى الاقتراض، فكان إكراها على سبب البيع أو على سبب الاقتراض. فإذا كان الإكراه على العقد فباشره المكره لم يقد أشره، ووقع العقد فاسدا على قول وهو رأى الشافعية والحنابلة، وموقوفا على قول آخر. وهو في الواقع يتفق مع قول الحنفية في التيجة، لأنهم يقولون إنه فاسد يرتفع فساده بإجازة المكره. أما على القول الأول فإنه إذ الله الإكراه فأجازه من أكره عليه لم يتقلب بالإجازة محبحا، لأن الفاسد لاينقلب صحيحا عندهم، إذ الفاسد والباطل بمعى واحد، وعلى الـقول الثاني: إذا أجازه بعد زوال الإكراه نفذ ولزم وهو الأشهر، والعقود كلها في ذلك سواه ما عدا النكاح، فإن =

وإنما أتى بها على أنها حركات خاصة تنجيه من الأذى الذى هدد به، وكذلك الحال فى الشخص الناسى لمعنى عبارته، أو المخطئ أو النائم أو المجنون أو المغمى عليه، أو المعتوه أو الصبى الذى لايميز. أو المتكلم بعبارة لا يفهمها، أو المدرس فى درسه عندما ينطق بعبارة إنشاء عقد تعليما، أو القارئ فى كتاب، كل هؤلاء ليس لهم رضا بإنشاء العقود التى نطقوا بعباراتها، ولا اختيار لهم فى إنشائها، لانهم لا قصد لهم إلى ذلك، ولذا كانت عباراتهم فى هذه الأحوال مهدرة لا تنشأ عنها عقود، كما قدمنا فى الكلام على نية العاقد وعبارته.

وكذلك الهازل عند المالكية والحنابلة لا قصد له في إنشاء العقد ولم يختره، فلا يعد راضيا به، ولذا بطلت عبارته عندهم (١)، خلافا للشافعية في أحد قوليهم كما تقدم، إذ قالوا: إنه قد أتى بعبارته عن قصد إليها واختيار. وذلك آية رضاه، فيحب أن يترتب عليها أثرها. وذلك محل نقد؛ لأن الرضا باللفظ غير الرضا بعناه الذي وضع له، وقد قامت القرائن على أنه قد أراد به غير ذلك المعنى من أغراض أخرى هي محل قصده ورضاه، وليس منها إنشاء العقد.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار، وذكروا في بيان ذلك: أن العاقد إذا ما أصدر عبارته المنشئة للعقد راغبا فيها لأنها وسيلته للإفصاح عما رغبت فيه نفسه واعتزمت إنشاءه والاداة التي اتخفها الشارع سببا لتحقيق ما يو

⁼ كلمتهم قد انفقت على أن الإكراه يفسده؛ لأنه إن صع كان نكاحا مع خيار. ولايصع نكاح مع خيار قولا راحدا.

وبناه على ذلك إذا أكره إنسان على بيع كان للبائع أن يستسرد المبيع ويرد الثمن لايمنعه من ذلك خروج المبيع من ملك مشــتريه بأى تصــرف من التصرفـات. وإذا أثبت البائع بالبــينة أن الثمن قد تلـف عنده بلا تعد ولا تقصير كان له أن يسترد المبيع بلا ثمن لأن الثمن عند المكره كالوديعة.

وإذا كان الإكراه على سبب العقد فباشره المكره ففى حكم العقد رأيان: أحدهما أن العقد وقع لازما لعدم الإكراه عليه بطريق مباشر. ثانيهما أنه وقع صحيحا غير نافذ ولا لازم، وإذن فللمكره إجازته، وله إبطاله، فإذا أبطله وكان العقد بيعا ففى استرداد المبيع ورد الشمن ثلاثة أقوال: أحدها ـ أن يسترد المبيم إذا رد الشمن.

ثانيها ـ أن يسترد المبيع دون أن يجب عليه ود الثمن؛ لأن السمن قد أخذه غيره ظلما فإذا أراد المسترى رجع بالثمن على من وصل إليه.

ثالثها - أن يستسرد المبيع وعندنذ يجب عليه رد الثمن إن كان قد تسلمه، فسإن لم يتسلّمه، بل أعطى للمكره مباشرة لم يجب عسليه رده ويسترد المبيع بلا ثمن، وهذا النوع من الإكراه (وهو الإكسراه على السبب) يقول به الحنفية. راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه في النكاح والبيع.

⁽١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير على متن خليل. وكشاف الفناع من كتاب البيع.

مطلوب له من حكم كان قاصدا إلى العقد وإلى سببه، وهو العبارة، راغبا فى آثاره. فأما الرغبة فى الآثار وهى حكم العقد فذلك مايريده الحنفية بالرضاعند إطلاقه وأما القصد إلى السبب «العبارة» فذلك ما يريدونه بالاختيار، عند الإطلاق. وعلى ذلك فالرضا عندهم هو الرغبة التامة فى العقد حكما وسببا، والاختيار هو مجرد القصد. وإذا قيدا فقيل: الرضا بالحكم أو الرضا بالسبب والاختيار فى الحكم، أو الاختيار فى سببه كان معنى الرضا: الرغبة، ومعنى الاختيار: القصد، وكانت الرغبة فى حكم العقد اختيارا له، ومجرد القصد إلى العبارة اختيارا للسبب.

ومن هذا يظهر أن الرغبة فى حكم العقد تستلزم السرغبة فى سببه والقصد الله، لأن من يرغب فى زواج مشلا يقصد إنشاءه بالعبارة الدالة عليه ويرغب فى ذلك. وأن القصد إلى سبب العقد وهو العبارة لايستلزم الرضا بحكمه، وإن شئت قلت: لا يستلزم الرغبة فيه. إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما فى المكره. أو لهو كما فى الهازل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه وفى سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لايستلزم وجود الرضا؛ لأن مجرد القصد إلى شىء لايلزم منه الرغبة فيه.

وبناء على ما ذكر يكون الرضا والاختيار عند الحنفية أمرين مختلفين. فالرضا عندهم هو الرغبة في حكم العقد، والاختيار عندهم هو القصد إلى عبارته المنشئة له. وإذن فالرضا عندهم هو الإرادة في إنشاء العقد، وهو الاختيار عند غيرهم، أما الاختيار عندهم، فأمر لايترتب عليه عند غيرهم أثر، لأنه لا إرادة فيه، وإذن فالشخص يتحقق منه الاختيار متى تلفظ بالعبارة المنشئة للعقد. على أنها وسيلة للإعلان عن وجود إرادة بإنشاء عقد معين دون أن يتخذها وسيلة لإنشاء عقد يريده. فإن كان مع ذلك راغبا فيها لاتخاذها وسيلة لهو ولعب أو سمعة أو رياء تحقق فيه مع الاختيار الرضا بالسبب، فهو راض به مختار فيه، ولكنه غير راغب في حكمه ولا قاصد إليه، وهذا هو شأن الهازل ومايشبهه، فالهازل عندهم مختار غير راض. ويشترط الحنفية لاعتبار الهازل هازلا أن يعلن ذلك قبل وقوعه فلا يكتفى في إثباته عندهم بدلالة الحال (۱).

⁽١) راجع كشف الأسرار على المنار اج٢ ص٢٩٢ طبعة بولاق.

وإن كان غير راغب فيها، ولا فيما تدل عليه من إرادة ليس لها في كثير من الأحوال وجود في نفسه، وإنما صدرت منه تنفيذا لإرادة شخص آخر وموافقة له، لأن في ذلك منجاة من أذى يهدد به عند عدم الامتثال، فهو في هذه الحال غير راض بالحكم ولا قاصد ولا راغب في سببه، وليس عنده إلا الاختيار في سببه، وهذا هو حال المكره (١).

ومن هذا يتبين أن الإكراه يعدم الرغبة في الحكم (٢)، وإن شنت قلت: يعدم الرضا ولا يبقى معه إلا القصد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا لعقد عادة ، وإن لم يردها كذلك، وإن شئت قلت: لايبقى معه إلا الاختيار فيها، ذلك لأن المكره

⁽۱) عا لاشك فيه أن من أكره على عقد لا يكون راغبا فيه ولا راضيا بآثاره وإلا لم يكن مكرها عليه، وإنما أنشأه عن رضا به، ولكن لا يلزم من ذلك ألا يكون من المكره أى قصد إلى آثاره، فإن الإنسان قد يكره على إنشاء عقد معين فيتلفظ بصيخته غير راغب فى آثارها، ولكنه يقصد مع ذلك إلى تحقيقها، فإن الإنسان كثيرا مايفعل الأمر ولا يرضاه ولا يفعله إلا بعد قصد إليه. وقد يكره على عسقد فيتلفظ بصيخته، ولا تسجه نفسه مطلقا إلى شيء من آثارها، ولم يكن منه إلا أنه تلفظ بها لدفع ما هدد به من الأذى.

 ⁽٢) الإكراه المعتبر شرعا: هو إجبار شخص على أن يعسمل عملا غير واجب عليه شسرعا، والمراد بالعمل
 مايعم القول، لأنه عمل باللسان، وإذن فلابد في تحققه من توافر الشروط الآتية:

لاً ـ أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به من الاذى، فاذا لم يكن قادرا على ذلك لم يتحقق إجبار، ومما تتحقق به عدم القدرة: استطاعة المكره أن يفلت مما هدد به بأية وسايلة أخرى غير تنفيذ ما طلب منه كيرب أو استغاثة أو نحوها.

٢ ـ أن يكون ما هدد به من أذى مما يشق على المكره احتماله على الأقل، فإن كان مما يحتمله المكره ولايبالى
 به عادة لم يتحقق كذلك إجبار.

٣ ـ أن يظن المكره جد المكره وصدقه، وأنه ينفذ ما هدد به عاجلا إن لم يفعل، فإذا لم يظن ذلك لم يتحقق
 إكراه.

٤ ـ أن يكون المكره ممتنعا عما طلب منه محافظة على حق أو حق غيره أو حق الشرع. فإذا كان غير ممتنع فلا إكراه، وكذلك إذا كان ممتنعا بغير حق كالمدين بدين حال يمتنع عن أدائه فيكره على بيع ساله وفاء لهذا المدين.

وزاد الشافعي شرطا خامسا: وهو أن يكون ذلك الأذى المهدد به غير مستحق عليه شرعا، فإذا كان مستحقا عليه شرعا لم يتحقق إجبار، لانه يجب أن يوقع عليه على أية حال. فلا إكراه بتوقيع حد واجب على المكره أو بتنفيذ قساص، وذلك محل نظر لأن المناط فقد الرضا بالعقد، وهو يتحقق مع التسهديد بمثل ذلك. وقد سار على هذا التشريع الوضعي الحديث، فإنه جعل المدار على ما أكره عليه فإن كان مشروعا وواجبا على المكره فلا إكراه. وإن كان غير واجب عليه فقد تحقق الإكراه، وإن كانت وسائله مشروعة كالتهديد بتنفيذ القصاص.

ولكن قد يقال: إذا هدد الشخص بفسرر مستحق عليه شرعا لم ينجه من توقيع ذلك عليه أن يفعل ما أمر به، لأن الشارع يأمر بتوقيعه عليه، وإذا كان الأمر كذلك لم يعتبر مكرها، لأن الامتثال لا ينجيه مما هدد به.

خير بين شيئين: ماهدد به من أذى إن لم يفعل، وما أمر به وأريد منه أن يفعله، فإذا وازن بينهما ثم رأى أن ضرر الفعل أهون عليه ففعل ما أمر به، فقد اختار. وإن كان قد اختار أهون الشرين لديه، وبذلك يتحقق منه الاختيار. ولكنه اختيار فاسد مع هذه إن كان الإكراه ملجئا كما سيأتى، لأن الاختيار الصحيح ما كان المختار مستقلا فيه مستبدا به، أما الفاسد فهو مابنى على اختيار شخص آخر، وكان المختار مضطرا إليه، ومحمولا عليه بواسطة الإكراه المعتبر شرعا، وفي كلتا الحالين القصد متحقق، وهذا القدر كاف في انعقاد الأقوال أسبابا شرعية كما سيجيء (۱).

والإكراه قسمان: ملجئ وهو مايكون بقتل النفس أو بإتلاف عضو أو بإتلاف جميع المال، أو بالضرب المبرح الذي يخشى منه التلف. وغير ملجئ، وهو مايكون بما يشق على المكره أن يتحمله، وذلك يختلف باختلاف حال الناس ومنازلهم.

والإكراه بقسميه يعدم الرضا بالحكم، ويؤثر في التصرفات القولية على الوضع الذي سنبينه قريبا، والملجئ منه يفسد الاختيار، وغير الملجئ لايفسده كما قدمنا، لقدرة المكره على تحمل الأذى المهدد به، لأنه لو أراد امتنع عن فعل ما أمر به، فإذا فعله كان مختارا، وكان اختياره صحيحا، والملجئ يجعل المكره كالآلة في يد المكره ولذا ينسب إلى المكره ما أكره عليه من الفعل، وكأنه قد صدر منه إذا ما أمكن ذلك، بأن كان يستطيع أن يفعله بنفسه (٢)، فإذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال كان المكره ضامنا لنسبة الإتلاف إليه وكأنه هو الذي قام بالإتلاف، أما غير الملجئ فلا يترتب عليه ذلك، بل ينسب الفعل معه إلى المكره، ولذا لم يكن له تأثير قط في الافعال.

وأما إذا صدرت العبارة من صاحبها لا على أنها وسيلة إلى الإفصاح عن إرادته إنشاء العقد الذي تدل عليه وضعا أو بحسب العرف، بل كان صدورها عند

⁽١) راجع شرح كشف الأسرار على المنار «ج٢ص٣٠٩» من عوارض الأهلية.

⁽٢) أما ما لايمكن نسبته إليه نلا يجمعل فيه المكره آلة في يد المكره وذلك كالاقوال والأكل، فإن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره. فإذا أكره إنسان آخر على النطق بكلمة الكفر لم يكفر المكره. وإذا أكره على الأكل في رمضان لم يفطر المكره. ود المحتار هج٥ ص٥٩٥.

قصد إلى التلفظ، لأجل المحاكاة أو التعلم أو التعليم أو التفهم، أو عن غير قصد إليها كما في عبارة المجنون والنائم، فإن كملا من الاختيار والرضا يكون معدوما عند ذلك. أما الاختيار فلأنه لايتحقق إلا بالقصد إلى العبارة على أنها وسيلة منشئة للعقد عادة، وذلك لم يتحقق في الحالين، لأن القصد في الحال الأولى كان للمحاكاة ونحوها، وفي الحال الثانية كان معدوما، وأما الرضا فلأنه لا يتحقق أبدا إذا انعدم الاختيار، وقد بينا أن الاختيار معدوم.

وقد جعل الحنفية الناسي والمخطئ في حكم المتذكر والعامد بناء على أن كلا من الخطأ والنسيان أمر باطني لاسبيل إلى معرفته إلا من جهة من يدعيه. وقد يتخذ ادعاؤه وسيلمة إلى تضييع الحقوق، فوجب ألا يصدق فيه، وأن يعتبر بلوغه وكمال عقله أمارة على قصده وعدم خطئه أو نسيانه، فيعامل على هذا الأساس، فيكون الناسى كالمتيقظ، ويكون المخطئ كالمصيب في قصده، ولكن إذا صدقهما في ادعائهما من تعاقد معهما فماذا يكون الحكم؟ جاء في كثير من الكتب أن العقد يكون حينئذ فياسدا بناء على أن عبارة كل منهما عبارة صحيحة لتحقق اختياره فيها. وانعدام رضاه بآثارها، فكان كل منهما في عبارته كالمكر، وعمن قال ذلك: فخر الإسلام البزدوي، وعلله بأن التلفظ ليس أمرا طبيعيا لااختيار فيه، كجريان الماء، بل هو حركة اخستيارية. وفي رأيي : أن ذلك غير مستحقق في المخطئ، لأن حركة لسانه عند خطئــه حركة لاشعور فيها، وإذا كانت خــالية من الشعور بها لم تكن عن اختيار. لأن المختار من يدرى ما يأتيه، والمخطئ ليس كذلك، أما الناسي فهو قاصد إلى اللفظ، ولكنه لم يتلفظ بالعبارة على اعتبار أنها سبب منشئ للعقد الذي تدل عليه، ولذا تكون عبارته كعبارة الملقن أو الحاكي، ولا يعد ذلك مختارا، ويكون الوجه عندى: أن عقد كل منهما غير منعقد في هذه الحال. كما ذهب إليه الشافعية والزيدية.

ابتناء العقود على الرضا والاختيار

ذهب الحنفية إلى أن قيصد العاقد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا للعقد، وإن شئت قلت: اختياره هو أساس انعقاد عقده، لافرق في ذلك بين عقد وآخر. لتحقق صدور العقد من أهله مضافًا إلى محله القابل له، فجعل الشارع صدور

السبب على هذا الوجه دليل إرادة العاقد إنشاء العقد، لأنه الظاهر الذي يصح أن تبنى عليه المعاملات والارتباطات.

أما رضاه بالحكم فلا يتوقف عليه الانعقاد. وإنما تتوقف عليه صحة بعض العقود حتى لايلزم العاقد بما لايرضاه.

والذى دعا الحنفية إلى هذا الوضع أنه قد ورد عن الشارع مايدل على أن العقود تنشأ وتصح مع انعدام الرضا بها. ولذا كانت العقود عندهم قسمين : عقود تصح مع الهزل وأخرى لاتصح معه.

ا ـ فأما العقود التى تصح مع الهزل فهى النكاح والطلاق والرجعة والعتاق والسمين؛ وذلك لقوله و اللاقة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة، وفي رواية والعتاق، وفي رواية أخرى واليمين، (١) وقد اعتبرها الشارع صحيحة مع الهزل حتى لاتكون محلا للعب اللاعب، لما فيها من حقوق الله تعالى، فكان هذا الاعتبار مستلزما جعل العبارة فيها قائمة مقام المعنى، فيترتب عليها الأثر ولو لم يكن من قائلها رضا ولا نية (١) متى كانت مقصودة له على أنها سبب عادى لإنشاء العقد. فإذا صدرت كذلك نشأ العقد بها صحيحا نافذا، وترتب عليه أثره؛ ولذا كان هذا القسم من العقود لايتوقف على الرضا، ومن هذا صح نكاح المكره وطلاقه وعتاقه ورجعته ويمينه.

(ب) وأما العقود التي لاتصح مع الهزل فهي العقود التي لم تجعل العبارة فيها قائمة مقام معناها لخلوها من حق الله تعالى، ولهذا خالفت النوع السابق من العقود فلم يترتب الحكم فيها على القصد إلى العبارة والتلفظ بها فحسب. بل وجب توافر الرضا بآثارها أيضا. ولهذا لم تصح مع الهزل لانعدام الرضا معه، ويدخل تحتها عقود المعاوضات المالية عما يقبل الفسخ وخيار الشرط. كالبيع والصلح والإجارة والمزارعة والمساقاة، وكذلك يدخل كثير من عقود المعاملات كالوكالة والحوالة وغير ما استثنى استحسانا(٢) _ والرهن وتأجيل الدين والإبراء والكفالة والحوالة

⁽١) راجع كشف الأسرار على المنار في عوارض الأهلية.

⁽٢) راجع الهداية (ج٤ ص١٧٦.

⁽٣) والمستنى : الوكالة بالطلاق والعناق. وذهب آخرون إلى أن الوكالة بالنكاح كذلك، فتصح مع الإكراه. راجع ود المحتار وجه ص١٩٦٠.

والهبة ونحوها، وهذا القسم من العقود يتوقف انعقاده على الاختيار شأن كل العقود. ولكن صحته تتوقف على تحقق الرضا. فإذا ماصدرت فيه العبارة من قاصد لها على أنها سبب لإنشاء العقد غير راض بها انعقدت، لما قدمنا من أن صدور العبارة على هذا الوجه اعتبر دليل وجود الإرادة.

أما إذا صدرت من غير قصد إليها فإنها لاتنعقد، وعلى ذلك لاينعقد بيع المكره النائم والمغمى عليه ولا إجارتهما لعدم القصد والاختيار، وينعقد بيع المكره والهازل وإجارتهما لتحقق القصد والاختيار منهما ولكن مع الفساد، وذلك لأن هذا النوع من العقود تتوقف صحته على رضا العاقد، وليس كل من المكره والهازل راضيا كما قدمنا، فتقع فاسدة منهما. هذا هو المتفق مع القواعد (۱).

ويتم الرضا إذا لم يصاحب العقد غلط ولاتغرير ولاغبن فاحش ولا اشتراط خيار، وكان محله مع ذلك مشاهدا غير معيب، ولبيان ذلك نفصل أحكام هذه الموضوعات فيما يأتى بعد خلاصة الباب.

⁽۱) وقد جرى عملى لسان بعض الحنفية أن بيع الهمازل باطل غير منعنقد، كما فى الهمداية والغنية. ولكن الحموى أول ذلك بأن المراد ببطلانه أنه كالباطل فى الحكم من حيث إنه لايفيد ملكا بالقبض، ولكن الواقع أنه فاسد، بدليل أنه لو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل الهازل عن هزله صع العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده، ولو كان باطلا ما أنتقلب صحيحا، وهذا مد و الحكم فى بيع المكره أيضا إذا ما ارتفع الإكراه فرضى به المكره فإنه ينقلب كذلك صحيحا، وهذا ما دعا زفر إلى أن يذهب إلى القول بأن بيع المكره ونحوه موقوف على إجازته منه بعد زوال الإكراه، فإن أجازه نفذ وإلا بطل، لان العقد الفاسد لايقبل أن يتحول صحيحا نافذا. بل ذلك هو شأن العقد الصحيح الموقوف، فإنه ينفذ بالإجازة كعقد الفضولي. ويرى أنستنا الثلاثة أن الفساد نوعان: الأول فساد يرتفع بارتفاع سبه، وهو الناشئ عن الإكراه والهزل، ومثله الناشئ عن جهالة فى الأجل الذي أجل إليه الثمن أو عن عدم تحديد وقت لخيار الشرط، فإن هذا المنوع من الفساد يرتفع سبه. والثائى فساد لا يرتفع بارتفاع سبه. كالفساد الناشئ من بيع مال بمال غير متقوم. كبيع كتساب بزجاجة خعر، وإذن فلا يلزم من فساد العقد الا ينقلب صحيحا بارتفاع سبب الفساد. وشعرة هذا الخلاف: تظهر فيما إذا باع المكره شيئا من فساد العقد الا ينقلب صحيحا بارتفاع سبب الفساد. وشعرة هذا الخلاف: تظهر فيما إذا باع المكره شيئا من ما ما ماله ثم تسلمه مكرها، فإن المشترى يملكه عندهم بالقبض؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، ما علا بيه الهازل. وعند زفر لا يملكه بالقبض؛ لأن البيع المؤام موقوفا.

خلاصة الباب

يريد جمهور الفقهاء _ عدا الحنفية _ بالرضا القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة له طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وذلك لايكون إلا نتيجة لاختيار العاقد. وعلى ذلك فالرضا والاختيار متلازمان لاينفكان ولا يتحققان إلا مع إرادة إنشاء العقد، وينبنى على ذلك أن الرضا والاختيار لايتحققان في المكره والهازل والمجنون والنائم وما إلى ذلك، غير أن الشافعية ذهبوا في أحد قوليهم إلى أن الهازل مختار في التلفظ بعبارته قاصد إلى إنشائها، وذلك آية رضاه وقصده الباطن، فيعامل على هذا الأساس. ولا عبرة بما يزعمه من الهزل حتى تستقر المعاملة.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار، فيفسرون الرضا بالرغبة في آثار العقد، ويريدون بالاختيار القصد إلى التلامد بالعبارة المنشئة له على أنها سبب عادى منشئ للعقد وأداة شرعية لذلك، وعلى هذا فكل من المكره والهازل عندهم لايتحقق فيه الرضا لأنهما لايرغبان في آثار العقد ولا يريدانها، ولكنهما مختاران لأنهما يقصدان العبارة وقد تلفظا بها عن قصد إليها باعتبارها أداة لإنشاء العقد، وإن لم يريدا منها ذلك، اما النائم والمجنون والمعمى عليه والملقن دون فهم وما إلى ذلك، فليس عندهم رضا ولا اختيار، أما عدم الرضا فلأنهم لا رغبة لهم في آثار العقد الذي تدل عليه العبارة، وأما عدم الاختيار فلعدم قصدهم إلى العبارة باعتبارها أداة شرعية منشئة للعقد، فإن بعضهم لا قصد له ألبتة، وبعضهم لايقصد إليها على هذا الوجه، وعلى ذلك فالرضا والاختيار عند الحنفية أمران مختلفان، والإرادة تجامع الرضا، إذ لا يمكن أن يكون هناك رضا من غير إرادة.

وبناء على ماتقدم فالعاقد إذا لم يتحقق منه الرضا بالعقد عند الجمهور لم يكن العقد صحيحا، وإن شئت قلت: إذا لم يكن مختارا لم يصح العقد، وعندنذ فسمه كما تشاء باطلا أو فاسدا. أما الحنفية فيقولون: إن انعقاد العقد منوط بالاختيار، وهو القصد إلى العبارة على أنها أداة شرعية لإنشائه. فإذا تحقق الاختيار لدى العاقد انعقد العقد، ثم بعد ذلك يكون النظر في صحة العقد. فإن كان من العقود التي لاتوجد إلا صحيحة ولاتنفك صحتها عن انعقادها، وهي النكاح والطلاق والخلم والرجعة واليمين انعقد صحيحا. وإذن يقال: إن صحة

هذه العقود أيسضا منوطة بالقصد كانعقادها وإن كان من غبرها فلا يصح إلا إذا تحقق الرضا مع الاختيار، فإذا لم يتحقق فإنه يكون فاسدا. وعلى ذلك فعقد كل من المكره والهازل فاسد لتحقق الاختيار وانعدام الرضا. ولكنه فساد قابل لأن يرتفع ويزول بإجازته من المكره بعد زوال إكراهه ومن الهازل حال جده، وعقد المجنون والنائم باطل غير منعقد لانعدام كل من الاختيار والرضا فيهما.

باب الغلط في العقد

لانعنى بالعقد هنا إلا الصورة الظاهرة الخارجية له تموجد على أنها عقد صحيح سليم ثم يتبين بعد ما يلابسها من غلط يكشف عن حقيقتها، فإذا هى صورة عقد لا عقد، أو عقد صحيح قابل للفسخ.

والغلط إما أن يكون باطنيا بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد وعليها أنشأ عقده، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئا يدل على قيامها بنفسه، وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها. وإما أن يكون ماديا، وذلك بأن تحوى صيغة العقد مايدل على وجود تلك الفكرة وعلى أن العقد نشأ عليها. وإن شئت قلت: أن ينعدم التطابق بين ما تدل عليه صيغة العقد وبين الأمر الواقع الموجود.

والغلط الباطنى لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام، لأن العبرة فى العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التى لم يدل عليها دليل كما قدمنا. والغلط المادى إذا خالط العقد أثر فى الرضا بوجه عام؛ لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتحقق الرضا به. لأن العاقدين لم يرتضيا وضعا آخر غير الذى دلت عليه الصيغة، وهذا النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد. فلا توجد معه إلا صورته، وحينئذ يكون عقدا باطلا لايترتب عليه أى أثر. وقد لايترتب عليه ضياع الحقيقة. ولكن زوال بعض أحكامه، وعند ذلك يكون صحيحا .

فإذا حصل الغلط فى محل العقد نفسه، كأن يشترى إنسان هذا الخاتم الذهب مشيرا إلى خاتم من النحاس، وهو لا يعلم أنه نحاس. ترتب عليه بطلان العقد لأنه غلط تبين منه أن محل العقد وهو الخاتم الذهب معدوم. وإذا انعدم المحل بطل العقد.

وإذا حصل الغلط فى أوصاف المحل، كأن يشترى إنسان هذه البقرة الحلوب مشيرا إلى بقرة غير حلوب كان العقد صحيحا غير لازم، وكان له حق فسخه لفوات الوصف، وهذا إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع، أما إذا كان لايقبل الفسخ كالنكاح لم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ، لوقوعه صحيحا لازما عند الحنفية، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب. وقال أحمد: له فى هذا حق الفسخ أيضا.

ومن ذلك نتبين أن ليس للغلط تأثير مستقل فى العقد، بل يرجع تأثيره إلى مايترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف. وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون حكم العقد. فنحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد، ونحكم عليه بغيره إن فات به من الشروط والأوصاف مالا يقتضى زواله البطلان⁽¹⁾.

(١) إذا ترتب على الغلط فى العقد عدم توافر عنصر من عناصره الجوهرية التى يتوقف عليها وجوده، كعدم
 محله أو عدم موافقة القبول للإيجاب، أو عدم تحقق معناه كان العقد باطلا. ومن أمثلة ذلك ما بأتى:

1 ـ الغلط في شرط من شروط انعقاد العقد. وذلك كأن يتعاقد الورثة في ثركة مع شخص «على اعتقاد أنه موصى له بحصة شائعة فيها على قسمتها بينهم جميعا ثم يتين أن الوصية له باطلة بسبب من أسباب بطلانها وأنه لذلك ليس شريكا في التركة. ففي هذه الصورة يرى أن الغلط في شرط من شروط انعقاد عقد القسمة، وهو أن تتم بين الشركاء في مال مشترك بينهم، وقد غلط الورثة فاعتقدوا أن التركة مشتركة بينهم وبين من تعاقدوا معه على قسمتها وليس الأمر كذلك. وعلى هذا يكون عقد القسمة باطلا، ويرد إلى الورثة ما أخذه مقاسمهم. لأنها في الواقع مبادلة وإفراز بين الشركاه المتقاسمين، وهذا غير متحقق فيمن ظنوه موصى له.

٢ ـ الغلط في الإيجاب والقبول، كما إذا صدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاه عقد معين فأخطأ الأخر في فهمه واعتقد أن المراد به إنشاه عقد آخر وقبل على هذا الأساس، مثال ذلك أن يعطى إنسان آخر مائة جنيه قائلا له أنفقها على نفسك. يريد بذلك إقراضه إياها. فيتبلها الأخر على اعتقاد أنها هبة وعطية، وقد يكون مرجع هذا اللبس إلى أن حديثا كان بينهما في شأن الهبة والقسرض واللفظ صالح للمعينين. ومن ذلك أن يقول شخص لآخر: منسحتك سيارتي مريدا إعارتها فسيتبلها الآخر على أنها هبة. ففي هذه المسائل وشبهها لاينعقد أحد العقدين. ومرجع هذا البطلان إلى أن القبول لم يطابق الإيجاب فإن الإيجاب بالقرض في المسائلة الثانية، والقبول فيهما بالهبة. وقد يجعل مرجعه إلى عدم وضوح دلالة الإيجاب. لأن اللفظ الصادر به يصلح للمقدين جميعا فلم يتعين المراد منه.

٣- الغلط في ذات محل العقد، كأن يشرى شخص سوارا على أنه من ذهب فيقول اشتريت هذا السوار الذهب مشيرا إلى سوار من الغضة أو من التحاس وقد موه بالذهب، وكأن يشترى هذا الغص الماس مشيرا إلى فص من زجاج، ففي هذه الصور وما ماثلها عما يكون الغلط في ذات محل العقد لا ينشأ العقد صحيحا ولكنه وجد باطلا. ومرجع ذلك إلى أن محل العقد الذي تم التعاقد عليه ـ وهو ماوصف في الصيغة ـ معدوم . وانعدام المحل يترتب عليه بطلان العقد. وقد بني الحنفية ذلك على أن العبرة بالتسمية والصيغة دون الإشارة، مع أن التعبين بها أقوى من التعبين بالوصف. ذلك لان القاعدة التي قرروها أنه إذا اجتمعت تسمية المحل والإشارة إليه في العقد وكان المشار إليه جنا آخر غير جنس المسمى الموصوف فإن الاعتداد حينذ يكون بالتسمية، ويكون المحل هو المسمى في الصيغة دون المشار إليه عند التعاقد. وإن جمعهما جنس واحد كان الاعتداد بالإشارة، وكان المحل هو المشار إليه دون المسمى في الصيغة، فكان الاعتماد عليها عند اختلاف الجنس لعدم إمكان الجمع بين المسمى والمشار إليه واستحالة العمل بالوصف والإشارة جميعا، إذ لا يمكن أن ينال: إن المسمى في العقد هو المشار إليه لاختلافهما جنس، أما إذا اتحداً جنسا فإنه يمكن الجمع بينهما حينذ عينال: إن المسمى في العقد هو المشار إليه لاختلافهما جنسا، أما إذا اتحداً جنسا فإنه يمكن الجمع بينهما حينذ عينال: إن المسمى في العقد هو المشار إليه لاختلافهما جنسا، أما إذا اتحداً العمل عليهما عبنذ عليهما حينذ عليهما حينذ عليهما حينذ عليهما حينذ عليهما حينذ عليهما حينة عليهما حينة عينهما حينة عليهما حينة عينهما حينة عليهما حينة عينهما حينة عليهما حينة عليهما حينة عينهما حينة عينهما حينة عينهما حينة عينهما حينة عليهما حينة عليهما حينة عينهما حينة عليهما حينة عينهما حينه عينهما حينه عينه المحدود عينه عينهما حينه عينه المعرف عينهما عينه عينهما عينه عينهما حينه عينه المحدود عينه عينه المحدود عينه عينه المحدود المحدود عينه عينه عينهما عينه عينهما عينه عينهما حينة عينه عينه ال

= بأن يجعل المسمى هو المشار إليه، وإن ماجاه فى الصيغة من أوصاف غير متحققة فيه قد ذكر على سبيل الترغيب فقط. فإذا فاتت هذه الأوصاف ترتب على فواتها حق طلب فسخ العقد فقط. لفوات الوصف. مثال ذلك أن يقول شخص: اشتريت هذا الفص الأبيض من الماس فإذا هو ماس أسود. فالمهار إليه ماس، والمسمى فى العقد ماس. ولكن ذكر فى العقد أنه أبيض ولم يتحقق هذا الوصف. فيكون للمشترى خيار فوات الوصف، والعقد مع ذلك صحيح.

والمراد بالمتحدين جنسا مسانقاربا في المنافع والقيمة، أما ما تباعدت منافعهما فهمسا جنسان وإن اتحدا نوعا، فالعبد والأمة جنسان لتباعد الانتسفاع بهما. إذ العبد يطلب للخندمة الخارجية والأمة تطلب للخندمة المنزلبة والاستمتاع، وكذلك إذا تقاربًا في المنافع ولكن تفاوتت قيمهما تفاوتا فاحشا فإنهما يعتبران كذلك جنسبن، كالدارين إذا اختلفتا بناء وصقعا. لاختلافهما في القيمة اختلافا بينا، أما الذكر والأنثى من الحيوان فجنسهما واحد لتقاربهما منفعة وقيمــة، وبناء على ذلك إذا قال إنسان لآخر: زوجتك موكلتي فاطمة هذه ـ وأشار إلى موكلته ــ وكانت تسمى باسم آخــر وقبل الثاني الزواج صح العقد على المشار إلبها، لأنهــا والمــماة في العقد من جنس واحد اواجع الأشباء والنظائر، وحاشية الحموى ص٢٠٠ من الفن الثالث. وإنما يكون هذا النوع من الغلط ذا أثر في العقد إذا كــان غلطا ماديا لأن القاعدة العامــة التي تـــتنبط من فروع الفقهـــاء أن الاعتداد في المقود بالعبارة لا بالنوايا، وأن النية إذا لم يقم عليها دليل في الصيغة لا اعتداد بها، على ذلك فالغلط إذا كان باطنيا فقط لايترتب عليه حكم مهما كان محله ونوعه، ولهذا إذا اشترى سوارا معينا معتقدا أنه من ذهب ولم يكن في عبارته مايدل على ذلك ثم ظهر أنه نحاس فالعقد صحيح وإن كان مادنع فيه من الثمن يتفن مع هذا الاعتقاد. وكذلك الحكم إذا اشترى فسما وفي اعتقاده أنه مساس وقد دفع فيه قيسمة الماس ولكن لم يات في عبارته مايدل على ذلك، ثم ظهر أنه من زجاج، حتى إذا اشتراه بعمد رؤية ومعاينة لم يكن له خميار رؤية ولاخيار عيب، ولا يستطيع أن يصل إلى نسخ هذا المعتد إلا عن طريق الطعن في الثمن بأن فيه غبنا فاحشا، وسيأتي الكلام فيه. ومما يتفرع من ذلك : أنه لو كان لشخص بنتان كبرى تسمى فاطمة وصغرى تسمى عانشة فخطب إليه آخــر كبراهما فزوجهــا له ولكن عند العقد غلط في اسمهــا فــماها عائشــة باسم الصغرى، ودو لايريد إلا الكبرى. فسإن العقد يقع على الصغرى ويلسزم، لأن العبرة باللفظ لا بالنية، وإذا قسال عند العقد: زوجتك ابنتي الكبرى عائشة لم ينعقد العقد على واحدة منهما لانعدام مسحله، إذ ليس عنده ابنة كبرى بهذا الاسم. وأما إذا لم يترتب على الغلط في العقد إلا فوات أوصاف أو أمور غير جوهرية، فإن كان هذا الغلط باطنيا فلا اعتداد به ولا أثر له، سواء أكان غلطا فيمن تعاقد معه كمن باع داره لشخص معتقدا أنه فلان وليس هو بفلان، أو تصدق على شخص معتقدا أنه قريه فلان نظهر أنه أجنبي عنه وليس بـفلان، أم غلطا في وصف من أوصاف المحل، كمن اشــترى دارا معتقدا أن ناحـيتها الشمالية هــى المطلة على الطريق، فظهر أنها الشرقية، أم في قيسمة المحل، كمن اشترى سلعة معتقله أن قيمتها عند الشراء كذا،. فظهر أنها قد تناقصت إلى حد كبير وهو لايعلم، أم غلطا في الباعث لـه على العقد، كما إذا اشترى إنسان نصف سفينة نطالب مالك النصف الآخر بالشفعة فسلم له ما اشتراء على ظن أن له حق الشفعة ثم تبين أن لاشفعة في المنقول فليس له أن ينقض بيعه لمن طالب بالشفعة بناء على ماوقع فيه من خطأ وأنه ما باع إلا بناء على ذلك وراجع البدائع من كتاب البيع ص١٥١، والسبب في ذلك ما قدمناه من أن العبرة بالعبارة ولا اعتداد بالنية. وإن كان الخطأ مادية كما إذا =

= احتوت الصيغة أوصافا في للحل ثم ظهـر خلو اللحل منها فإن هذا الخطأ يؤثر في العقـد. مثال ذلك: أن یشتـری سیــارة فورد طراز سنة ۱۹۳۰، فظهــر آنها طراز سنة ۱۹۲۰، أو یشــتری کــتابا علی أنه مطبــوع سنة ١٩٤٢، فيظهر أنه من طبع سنة ١٩٣٦، أو يشترى لحما على أنه لحم خروف فيظهر أنه لحم شاة. وكان المفهوم أن فوات الوصف يترتب عليه فوات الرضا؛ لأن الرضا بالعقد اللَّم يتم إلا على توافر الأوصاف المنصوص عليها في الصيغة، فإذا فاتت هذه الأوصاف فات الرضا. وقوات الرضا يستتبع فساد العقد كما بيناه فيما سبق، ولكن الحنفية وكَفَيْرًامِن غيرهم لم يذهبوا إلى ذلك ونسرقوا بين الرضا بإنشاء العقد وهو الرضا الذي يترتب على فواته نساد العقد كما في عقد المكره والهاؤل، وبين الرضا بأوصاف المحل، وهذا النوع من الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق لايترتب على فواته ـ بفوات هذه الأوصاف ـ عدم الرضا بـإنشاء العقد، فإن من يشتري لحما على أنه مــن خروف راض بإنشاء العقد وطالب لآثاره، غاية الأمر أنه عندما يظهر أن ماورد عليه العقد لحم شاة، يتبين أن العقد الذي أنشأه العاقدان إنما أنشآه في محل غير مرغوب فيه، فيجعل العقد صحيحا في ذاته لتحقق الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الموصف حق طلب فسخه بخيار فسوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق عند الحنفية إذا كان العقد بما يتبل الفسخ، كعقود المعاوضات المالية وما الحق بها، أما ما يصح مع الإكراه كالنكاح، فإن العقد فيه يلزم. ولايظهر لغوات الوصف أثر إلا في المهر إذا ماكان الوصف شرطاً في العقد. كأن يتزرج إنسان امرأة على أنها بكر فيظهر أنها ثب، ففي مثل هذه الأحسوال إذا كان شرط الوصف من قبل الزوج كما في هذا المشال، وكان المهر المسمى أكثر من مهــر المثل لم يلزم الزوج حيننذ إلا بمهر المثل فقط. دون مازاد عليه، وإن كــان الشرط من قبل الزوجة وكان المسمسى أقل من مهر المثل فنسات الوصف الزم الزوج بمهر المثل، وذلك كأن تتزوجــه على أن يكون عالما. فيظهـ أنه جاهل. وذهب أحمد إلى أنه لا فـرق بين عقد وآخـر في أن فوات الوصف المشترط لا يتــرتب عليه بطلان العقد ولانساده، ولكن يكون لمن وقع الغلط في ناحيته الحق في فسنخ العقد سواء أكان عقد بيع أم عقد زواج، وعلى هذا إذا اشترى شخص هذه البقرة على أنها حلوب أو تزوج إنسان هذه المرأة على أنها بكر فوجد البقرة غيـر حلوب والمرأة ثيبا كان العقدان صـحيحين عند أحمد، وكان لكل من المشــتري والزوج حق الفـــخ. رالتشريع الوضعي يخالف ذلك من ناحيتين:

الأولى: أنه لا يعتبد بالخطأ الباطني منى أمكن المخطىء أن يقيم الدليل على وجوده وعلى أن من تعاقبد معه كان واقعا أيضًا في ذلك الخطأ، أو أنه كان على علم به ولم ينسهه إليه، أو كان يستطيع أن يعلمه ولكنه لم يعن بذلك، وتكفى القرائن في إثبيات كل ذلك، وقد علمت أن الشريعية الإسلامية لاتجيعل للخطأ الباطني اعتبارا مهما أمكن إثباته.

الثانية: أن الخطأ المعتد به فى التشريع الوضعى هو الخطأ الجوهرى، ويكون جوهريا إذا كان فى الدافع الرئيسى إلى النعاقد، ولولاه ما أقدم العاقد على العقد. وعند ذلك يكون العقد باطلا بطلانا نسيا بالنسبة لمن أصابه ضرر هذا الخطأ، ولكى يدفع هذا الضرر عنه جعل له الحق فى طلب فسخ العقد من المحكمة، سواء أكان الخطأ فى وصف من أوصاف المحل، كمن يشترى صورة معتقدا أنها من صنع رسام كبير ثم يتبين أنها مزورة أم فى صغة العاقد كمن يتعاقد مع شخص على عمل معتقدا أنه ذو شهادة فنية ثم يتبين أنه ليس كذلك. أم فى القيمة، كمن يبيغ سندا بقيمته الفعلية، ثم يتبين أنه كان وقت التعاقد قد ربح جائزة كبيرة، وهذا كله إذا لم يترتب على الخطأ عدم وجود المتعاقد، وإلا كان العقد باطلا بطلانا أصليا، وذلك كالخطأ فى حقيقة العقد، أو فى ذات الحل. راجع الموجز فى الالتزامات للأستاذ السنهورى باشا.

خلاصة الباب

الغلط فى العقد قد يكون قائما على فكرة مستقرة فى نفس العاقد لاتطابق الواقع، وليس فى صيغة العقد ما يدل على وجودها فى نفسه، ولا على أن العقد قد بنى عليها، وفى هذه الحال لايكون للغلط أثر ما فى صحة العقد، ولا فى نفاذه، لأن العبرة بالألفاظ لا بالنوايا، ولكن إذا تضمنت صيغة العقد ألفاظا لايتفق الواقع مع معانيها المرادة للعاقدين وقد عقد العقد بناء على أنها تتفق والواقع، ثم ظهر غير ذلك، فإن الغلط فى هذه الحال يكون له أثر فى العقد. فإن كان فى محل العقد كأن يشترى إنسان خاتما من ذهب مشيرا إلى خاتم ظهر أنه من نحاس، فإن العقد يكون باطلا، لانعدام محل العقد حيننذ؛ لأن محله من ذهب والموجود خاتم من نحاس، فيبطل العقد لانعدام محله.

وإن حدث الغلط فى أوصاف المحل، فإن كان فى عقد يقبل الفسخ، كان العقد صحيحا غير لازم بالنسبة إلى من وقع الغلط فى ناحيته، كأن يشترى هذه البقرة الحلوب، فإذا هى غير حلوب. وكأن يشترى هذا الإناء المصنوع فى بلد كذا، فإذا هو مصنوع فى بلد آخر فيكون للمشترى الخيار إن شاء أنفذ العقد وأمضاه وإن شاء فسخه، وإن كان فى عقد لايقبل الفسخ كالزواج، ولم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ عند الحنفية، كأن يتزوج هذه الفتاة البكر، فإذا هى ثيب. وقال أحمد: له حق الفسخ.

بأب الغبن والغرور

الغبّنُ: النقص، ويراد به أن يكون أحد البدلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد. فإذا باع شخص كتابا بجنيه وقيمته في السوق جنيهان أو اشتراه في هذه الحال شخص بأربعة جنيهات، كان البائع مغبونا في الحال الأولى وكان المشترى مغبونا في الحال الثانية، وإذا أجر شخص منزله شهرا بأجرة قدرها عشرة جنيهات، ولاتزيد أجرته فيما هو معروف على خمسة جنيهات أو استأجره في هذه الحال شخص بجنيهين كان الغبن واقعا على المستأجر في الحال الثانية.

والغبن نوعان: يسير وفاحش، وفى بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها أن اليسيسر ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ماعداه. فإذا اشتريت منزلا بألف جنيه وكان بحيث إذا قومه المقومون قومه بعضهم بتسعمائة وخمسين، وبعضهم بألف كان الغبن فيه يسيرا، وإذا كان أقل تقويم له ١١٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للبائع فاحشا، وإذا كان أعظم تقويم له ٩٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للمشترى فاحثنا؛ لأن الثمن لم يتناوله تقويم المقومين فى الحالين، ومنها أن اليسيسر ما لا يزيد على خمس الثمن، والفاحش مازاد على ذلك. وهنالك أقوال أخرى، وخير الآراء هو الرأى الأول وعليه الفتوى(١١).

والغرور (٢): هو حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن انها فى مصلحته وترغب فيها والواقع غير مايظن، كأن يشترى شخص سلعة من السلع؛ لأنه قد شاهد غيره راغبا فيها ويزيد فى ثمنها وما كان إلا متظاهرا بذلك لحمل الناس على شرائها، وكأن يشترى شخص شيئا رغبة فيما وصف به بعد الإعلان عنه بما ليس فيه، وكأن يشترى بقرة قد صراها بانعها ليفهمه بذلك أنها كثيرة اللهن.

وكل من الغبن والغرور يؤثر في رضا العاقد، لأن رضاه في هاتين الحالتين مبنى على ظن خاطئ، فالمغرور قــذ ظن خطأ أنه لما رآه من إقبال الناس على المبيع

⁽١) راجع الإنصاح وكشاف القناع.

⁽٢) في القاموس غره غرا وغرورا وغرة فهو مغرور وغرير «كامير» خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر. ا هـ.

مشلا، أو لما نشر عنه من قوائد، أو لما ظنه من كثرة لبنه قد أتيحت له فرصة فانتهزها بإقدامه على الشراء وما أقدم في الواقع إلا على الإضرار بنفسه، والمغبون يظن خطأ أنه قد اشترى الشيء بقيمته لجهله بالقيمة، غير أن هذا الظن الخاطئ إذا كان نتيجة غرور فصاحبه هو المسئول عنه، لأنه نتيجة عدم احتياطه، فلا يترتب عليه في العقود أى أثر (١) في جميع هذه الصور، اللهم إلا إذا صحبه غبن، فإنه في هذه الحال يجعل الغبن أقوى أثرا كما سيأتي، وعلى ذلك إذا ما أعلن عن دواء أنه مفيد لمرض كذا وكذا فاشتراه شخص بقيمته بناء على ذلك فوجده غير نافع لم يكن له حق فسخ العقد، ولم يكن لهذا الغرور أثر فيه، وكذلك الحكم بالنسبة للمغبون عند أثمتنا، كما جاء في ظاهر الرواية، لأن غبنه نتيجة تقصيره، فقد كان بحيث يستطيع أن يسأل عن قيمة ما يريد شراءه قبل الإقدام على العقد.

وعلى ذلك فإذا أقدم إنسان على عقد معاوضة فغبن فيه، فإن هذا الغبن قد يكون يسيرا وقد يكون فاحشا، فإن كان يسيرا فلا تأثير له في العقد، لأن الغبن اليسير قل أن يخلو منه عقد، ولأنه كذلك غبن محتمل، ومن العسير الاحتراز

⁽١) يرى كثيسر من علما التشريع الموضعي الحديث أن المغرور كالمكره في أن كلا منهما قمد دفع إلى عقد لايقدم عليه ولايرضاه لو أنه كان في حالته العادية، وكان يعسمل بإرادته السليمة الصحيحة. ومادام كل منهما قد حمل على غير ما يرضى لو أنه ترك لإرادته السليمة فلا يؤثر في الموضوع اختلاف وسائل الحمل، إذ الأثر واحد وهو ضياع الإرادة السليمة. وفي رأيي أن هذا القول ينقبصه شيء من دقة الوزن، فإن انقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لنتانجها أعتبها الرضا والاختيار والاطمئنان. وهذا غاية مبا يعطى للعقد من حرية وإرادة، فبإذا أخطأ فتلك طبيعية الإنسان. وأي الناس لا يخطئ؟ وليس من أغراض التشريع أن نحمول بين كل ممخطئ وبين خطشه، وإذن يجب أن يسلم تصرفه إقرارا للمعاملات واحتراما للتصاقد واعتدادا بالرأى وإن ظهر أنه خطأ. وهذه النفرقة قد تكون واضحة إذا كانت وسائل التضليل لبس لهــا أثر مادي في محل العقد، أما إذا كان لها أثر مادي في مــحل العقد، كما في تحسين وجه الصبرة من الطعام عند بيسعها وتصرية الشاة ودهن الاثاث المصنوع من الخشب بدهان يزيد في بهائه ورونقه، فقد يدق في مثل هذه الحال الفرق، وخاصة على من ليست له درآية بمثل هذه الوسائل، إلا أن هذا ليس له كبيــر أهمية في العمل والتطبيق لأنه إذا ترتب على ذلــك غبن أو ستر عبب كان للمغــرور حيننذ خبار القسخ بالغبن أو بالعبيب. وذهب أحمد وسالك إلى أن التدليس إما أن يكون بكتمان العبب فيكون للمغرور خيار العيب، إما لفعل شيء يزيد في قيمة المعيب عند البيم. وعندئذ يكون للمغرور بذلك خيار الفسخ للغرور، وليس للمغرور خيار الفسخ في غبير ذلك. راجع كشَّاف القناع ومنح الجليل والشرح الصغير اج٢ ص ٥٠٠ وإلى هذا ذهب الشافعي كما في الروض اج٢ ص٦٦١ ونهاية المحتاج اج٤ ص١٦٩.

والمغرور بالشصرية ليس له أن يرد عند الحسنفية بناء على رأيسهم فى الغرور، ولا يرجع بنقصان على رواية صاحب الأسسرار. ويرجع به على رواية الطحاوى. ومن الظاهر أن محل ذلك إذا ترتب على التـصوية غبن. أما إذا لم يترتب عليها غبن فلا رجوع فيما يظهر على الروايتين ا هـ. رد المحتار (ج) ص١٠٨.

عنه. وقد جرت عادة الناس بإغفاله فلذلك أغفل ولم يتأثر به العقد، وقد استثنى من ذلك ما يأتى:

(۱) بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، لا يغتفر فيه الغبن مطلقا، ولذا كان متوقفا على إجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة، فإن أجاز الدائنون أو كمل المشترى الثمن نفذ البيع وإلا بطل.

(٢) بيع المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فحكمه كما سبق، وإذن يكون مرض الموت كالحمجر للدين، غير أن توقف بيعمه لايظهر إلا بموته ليتحقق أن المرض مرض الموت كما قدمنا.

وإن كان فاحشا ففي تأثيره عند الحنفية ثلاثة أقوال(١):

الأول ـ أن لا أثر لهذا الغبن مطلقا في العقود، سواء أنشأ عن غرور أم لا، وهذا ما جاء في ظاهر الرواية، وبه أفتى كثير من العلماء. ووجهه أن عقود المعاوضات يجب أن تصان ما أمكن عن الفسخ، وخاصة إذا ما كان لسبب يرجع إلى تقصير العاقد كما هنا. فإن العاقد إذا أقدم وهو يعلم الغبن فلا حق له في الاعتراض لتحقق رضاه على وجه الكمال، وإذا كان جاهلا بالغبن فذلك ناشى عن عدم تأنيه وبحثه وسؤاله أهل الذكر، وذلك تقصير منه لاتقع تبعته إلا عليه وحده، وإلى هذا ذهب الشافعي(٢).

الثانى ـ أن للمغبون حـق الفسخ إذا ما تعاقد جاهلا أنه مغبون وإن لم معن غرور لأن الغبن ظلم، والظلم واجب أن يرفع، أما إذا تعاقد وهو يعلم مان عليه من غبن فلا يكون لهذا الغبن أثر لرضاه به، وبهذا القول أفتى بعض العلما وإلى هذا ذهب أحمد (٢).

الثالث ـ أن الغبن إن كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر المعن يعمل له كالدلال، فللمغبون الغرير حق فسخ العقد لسوء نية العاقد الاروتضليله وإلا لم يكن له هذا الحق، وهذا هـ وأعدل الأقوال، وبه أفستى كشير العلماء رفقا بالناس. وثمة أقوال أخرى لا داعى إلى الإطالة بذكرها.

⁽١) راجع رسالة ابن عابدين في الفسخ بالغبن.

⁽٢) راجع الإنصاح.

⁽٢) راجع كشاف القناع فجه ص١٥٥.

غير أن الغبن الفاحش إذا كان في أموال المحجور عليهم كالصغير والسفيه والمجنون، أو في أموال بيت المال، أو في أموال الوقف أثر في العقد اتفاقا فأبطله، لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصلحة، ولميس هذا التصرف من المصلحة في شيء، ولذلك يقع باطلا، لأنه لا مجيز له عند مباشرته، وذهب بعضهم إلى أنه يقع فاسدا لا باطلا، لصدور التصرف من أهله في محله. وهذا الرأى هو الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة (١)؛ لأنه عقد منهي عنه لوصف عرض له، وهو الغبن الضار بالمولى عليه. وبناء على ذلك إذا باع الوصى مال الصغير بغبن فاحش، أو أجر داره بغبن فاحش، أو أجر ناظر الوقف دار الوقف بغبن فاحش كان العقد فاسدا على الرأى الراجح.

⁽١) راجع الأشباه والنظائر والحموى عليه ورد المحتار.

خلاصة الباب

الغبن والغرور: الغبن النقص، وهو يسيم إن دخل تحت تقويم المقمومين، وفاحش إن لم يدخل. والغرور أو التدليس، هو حمل الشخص على عقد بطريقة تجعله يظن أن إنشاء العقد في مصلحته والواقع غير ذلك. كالشراء عقب النجش، أو بناء على إعلان عن المبيع ودعاية كاذبة في مزاياه.

والتدليس لا تأثير له فى صحة العقد، ولا فى لزومه إذا لم يترتب عليه غبن بالعاقد، لأنه ليس إلا خداعا، والاندفاع وراءه نتيجة تقصير، فتكون التبعة على المقصر، ولكنه إذا أخفى عيبا أو ترتب عليه غبن كان التأثير لوجود العيب، فيثبت خيار العيب، أو التأثير لوجود الغبن، فيثبت خيار الغبن عند من يراه. (والغبن اليسير لا تأثير له فى العقد؛ لأن وجوده متساهل فيه عادة، إلا فى بيع المحجور عليه بسبب الدين المستغرق أو المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فإن البيع يتوقف فى الحالين على تكميل ثمن المثل أو إجازته من الدائنين).

وأما إذا كان فاحشا، فلا تأثير له في ظاهر الرواية أيضا، وقد أفتى بأنه إذا كان نتيجة تدليس كان للمغرور خيار الفسخ، ولا يغتفر الغبن الفاحش في بيع أموال الصغير والسفيه والمجنون وبيت المال والوقف، وإذا وجد كان العقد باطلا أو فاسدا على الخلاف في ذلك.

بأب الخيارات

الخيارات: جمع ومفرده خيار، وهو مشتق من الاختيار ويدل على معناه، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو لكليها حق إمضاء العقد أو فسخه، وقد شرع ليكون وسيلة إلى كال الرضا والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس صحيح، ولذا شرع في أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروى والبحث والتحرى، أو الرجوع إلى مشاورة نفسه مرة أخرى، فقد يكون العاقد ناقص الخبرة في موضوع المبادلة ويرى نفسه في حاجة إلى الاستيثاق من توافر مصلحته، وإذا أرجأ العقد لهذا قد يخرج من مكنته في المستقبل، فشرع له لأجل ذلك أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معينة من الزمن ليتسنى له البحث، وهذا ما يسمى بخيار الشرط.

وقد یشتری الشخص لنفسه شیئا أو یستأجره قبل أن یراه لضرورة دعته إلی ذلك معتمدا علی أن غیره قد صوره له بصورة خاصة بنی رضاه علیها، فإذا ما رآه وجده علی خلاف ما ارتسم فی نفسه، فلا یتحقق عندئذ رضاه به، فیحتاج إلی مشاورة نفسه فی إمضاء العقد أو فسخه. ولمثل هذا شرع له خیار الرؤیة.

وقد يجد محل العقد معيبا أو على غير ما اشترط، وما رضى به إلا سالما متحققة شروطه فيه، فيحتاج حينئذ إلى الفسخ، ولذا شرع خيار العيب، وخيار فوات الوصف، وهكذا.

ومما تقدم يتبين أن من الخيارات ما لايثبت إلا باشتراط العاقدين، كخيار الرؤية الشرط، ومنها ما يشبت بشرع الشارع ولو لم يشترطه العاقدان كخيار الرؤية والعيب. وما يثبت بشرع الشارع قد يكون خاصا بعقد من العقود، كخيار البلوغ، فإنه خاص بالزواج، وقد لا يختص بعقد بل يثبت في أكثر من عقد كخيار الرؤية، ولاننا الآن بصدد الكلام على ما للعقود من أحكام عامة نقتصر على بيان الخيارات التي تكون في كثير من العقود، ونترك بيان ما يختص بكل عقد منها إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكام. وعلى هذا نفصل أحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

خيار الشرط

التعريف به ولمن يثبت؟: هو ما يثبت لأحد العاقدين أو لغيرهما من الحق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له. وعلى ذلك قد يشترط للبائع، كأن يقول شخص لآخر: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا على أن يكون لى الخيار في إمضاء هذا البيع أو فسخه في ثلاثة أيام، ويقبل المشترى ذلك، وقد يشترط للمشترى، فيقول المشترى ابتداء: اشتريته منك على أنى بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك، وقد يشترط لكل منهما، فيقول البائع: بعتك هذا الكتاب على أن يكون لكل منا الخيار في فسخ هذا العقد وإمضائه في ثلاثة أيام ويقبل المشترى ذلك، وفي هذه الصور قد يكون اشتراط الخيار للعاقد صادرا منه نفسه كما بينا، وقد يكون صادرا من صاحبه له، كأن يقول البائع: بعتك هذا الكتاب على أنك بالخيار في إمضاء العقد أو فسخه ثلاثة أيام فيقبل المشترى، وفي هذه الصورة يكون الخيار للمشترى لا للبائع، وقد يشترطه أيضا المشترى للبائع، فلا يكون إلا للبائع. فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له فقط، مسواء أكان الشرط منه أم من ضاحه.

الشتراط الخيار لغير العاقدين: وقد يشترط الخيار لشخص آخر غير الماقدين فيشترطه له البائع أو المشترى: عندما يريد أن يكون موافقا على الصفقة لخبرته بها(۱)، كأن يقول البائع أو المشترى: بعت الكتاب بكذا، أو اشتريت الكتاب بكذا على أن يكون لفلان الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في ثلاثة أيام ويقبل الآخر. وفي هذه الحال يكون الخيار لمن شرط له ، ويكون كذلك لمن اشترطه وإن لم يجعله لنفسه، لأنه لايسوغ أن يملك غيره ما لايملكه هو، فكان اشتراطه الخيار لأجنبي عن العقد اشتراطا لنفسه أيضا. وفي هذا خالف زفر، فقال: لايصح اشتراط الخيار لاجنبي عن العقد، لأن فيه إثبات بعض آثار العقد لغير عاقده، فلا يجوز. كجعل الثمن على غير المشترى. ورد ذلك بأنه يجوز لمن اشترط له الخيار يجوز. كجعل الثمن على غير المشترى. ورد ذلك بأنه يجوز لمن اشترط له الخيار

⁽۱) وتمن قال بجواز ذلك مالك، كما في تهذيب الفروق، والخرشي "ج٥ ص١٣٢، وكذا أحمد، كما في كشاف التناع "ج٢ ص٤١٣.

من العاقدين أن يوكل غيره في إمضاء العقد أو فسخه اتفاقا، وإذا جاز له أن ينيب في ذلك بعد العقد لم يمنع من أن ينيب غيره فيه أثناء العقد، واشتراط الخيار للأجنبي من باب الإنابة له، ولذا قلنا: إنه يثبت للاثنين: المشترط ومن شرط له.

سببه: ومن هذا يتبين لنا أن سبب ثبوت هذا الخيار هو اشتراطه في العقد من أحد العاقدين، ولذا سمى بخيار الشرط أي الخيار الذي سببه الشرط، وأن هذا الشرط صحيح وإن خالف مقتضى العقد، فأنت تعلم أن عقد البيع مثلا من العقود اللازمة وأن شرط الخيار يجعله غير لازم، فكان تغييرا لبعض آثاره، وسبب صحته مع هذا: ورود الشرع به، فقد ورد أن حبان بن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي بَنِين عسى أن يمنعه. فقال له النبي «إذا البياعات، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبي بَنِين والحارة الحداع، وهذه إجازة صريحة من النبي بَنِين لهذا الشرط وشرع لهذا الخيار.

وقت الشتراطه: وقد ذهب الحنفية إلى أن هذا الاشتراط لايصح قبل العقد ولكن يصح أن يكون فى أثناء العقد كما مثلنا، ويصح أن يشترط بعد انتهائه اتفاق العاقدين فيلتحق حينئذ بالعقد وكأنه قد شرط فيه، لأن من يملك فسخ معقد يملك جعله غير لازم بطريق أولى، وخالف فى ذلك أحمد والشافعى.

محله: وكذلك يصح أن يشترط في جميع المبيع. فيكون لمن شرط له حق مخ العقد في محله كله، وأن يشترط في بعض المبيع بشرط تعيينه وبيان ثمنه، مملك من شرط له حق فسخ العقد في ذلك البعض فقط، كأن يشترى شخص رين على أن يكون له الخيار في واحدة منهما على التعيين بثمن قدره كذا. أو نرى دارا على أن يكون له الخيار في نصفها مثلا إذا عين ثمن النصف بأنه نصف ثمن أو أكثر، ففي هذه الحال يملك فسخ عقد البيع في الدار التي شرط فيسها منها الخيار. ويبقى العقد لازما في الدار الثانية بثمنها المخصص لها. أو فسخه عي نصف الدار فقط، ويبقى العقد في النصف الآخر شمنه، ويكون بذلك شريكا المباتع فيها، لكل النصف شاتعا.

مدته: وقد ذهب أبو حنيفة والشافعي وزفر إلى أن هذا الخيار مؤقت بمدة لاتزيد على ثلاثة أيام (١)، فقد ورد بها الحديث السابق، ولايصح أن يقاس عليها غيرها، وذهب أحمد بن حنبل والصاحبان إلى أنه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج إليها في نظرهما، لأنه شرع للتروى، وقد يقتضى في بعض الأحوال مدة أطول من الثلاثة فشابهت مدته مدة التأجيل وتعيين الثلاثة لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى ما فوقها، ولامانع من أن يكون ذكر الأيام الثلاثة محلا لقياس غيرها عليها، لأنه حكم معقول العلة، والسبب، وليس خاصا، وقد ورد عن عبدالله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين، مذهب مالك(٢) إلى مذهب الصاحبين وأحمد أميل (٢) وعلى ذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه أو لغيره عـشرة أيام فسد العقد عند أبي حنيفة، لاقترانه بشرط فاسد، وهو اشتراط الخيار فوق ثلاثة الأيام، وصح العقد والشرط عند الصاحبين وأحمد، وكذلك عند مالك إن وجدت حاجمة إلى ذلك، غير أن أبا حنيفة يرى أن فساد العقد في هذه الحالة يرتفع بارتفاع المفسد، فإذا اختار من شوط له الخيار قبل مضى ثلاثة أيام صح العقد، خلافا لزفر، وذلك يرجع إلى أن زفر لايرى العقد الفاسد قابلا لأن ينقلب صحيحا خلافا لأبي حنيفة، وقد بينا ذلك فيما مضى، وإذا اشترط أحد العاقدين الخيار لمنفسه دون أن يذكر مدة كان شرطا فاسدا باتفاق، لاتفاق الجميع

⁽۱) واستثنى من ذلك اشتراطه من الكفيل ومن المختلعة، وعلة ذلك: أن الكفالة والحلع ليا من قبيل المعاوضات، وشرطه فيهما متفق مع القياس غير راجع إلى النص. وهو حديث حبان فيصح بأية مدة، وزاد في البزازية على ذلك اشتراطه للمحال. واشتراطه في الوقف فوق الثلاثة جائز ليضا، لأن لزوم الوقف ليس على قول الإمام، بل على قول الصاحبين اللذين يجوزان الزيادة على الثلاثة "في مدته راجع كشف الاسرار على المنار في باب عوارض الأهلية «ص٢٩٨» ورد المحتار» ولكن جواز اشتراطه في الوقف عند الشاني كما في رد المحتار «ج٤ ص٤٥».

⁽Y) وفى تهذيب الفروق: وليس لمدته قدر محدود عند مالك، وإنما تتقدر بقدر الحاجة على حسب اختلاف المبيعات دج ٣ ص٢٨٦ أن مدته تختلف باختلاف المبيع، ففى العضار لانزيد على ستة وثلاثين يوما. وفى الرقيق لانزيد على عشرة وفى العروض والحسوان لانزيد على خمسة، فإذا زادت فسد الشرط، وهناك أقوال أخرى، والمتيجة أن المالكية لايجعلون للعاقدين الحرية التامة فى نقدير المدة بل يجب أن يكون تقديرها مناسبا لما تقتضيه حال السلعة المبيعة.

⁽٣) إذا كان المبيع فاكهة يخشى عليها الفساد قبل مسضى ثلاثة الآيام فاشترط مشتريها لنفسه الخبار ثلاثة أيام فما الحكم؟ عنى المبي حنيفة يجبر المشترى على تسلم الفاكهة ولا يطالب بالثمن حتى يمضى البسيع أو تفسد الفاكهة فيمتنع عليه الرد بسبب الفساد، ولايضيره ذلك، لأنه إذا أراد فسخ العقد وجب عليه أن يفسخه ويرد الفاكهة قبل فسادها 1. هـ من الفتح.

على لزوم توقيسته، فتفسد به عقود المعاوضيات من البيع والإجارة كما قدمنا فى الكلام على الشروط الفاسدة (١).

العقود التي تقبله: تنقسم العقود قسمين: قسم لايقبل الفسخ، كالزواج والطلاق (۲) والعتاق والرجعة، وهذا لايقبل خيار الشرط لانه يتنافى مع مقتضاه فإن خيار الشرط يقتضى الفسخ إذا مارغب فى الفسخ من شرط له، وهذه العقود لاتقبل أن تفسخ (۲). وقسم يحتسمل الفسخ، وهو نوعان: نوع غير لازم فيستقل أحد العاقدين بفسخه. وهذا لامعنى لاشتراط خيار الشرط فيه، لانه يقبل الفسخ من غير اشتراط، وذلك كالوكالة والهبة والعارية والوديعة. ونوع لازم، وهذا هو الذي يصح اشتراط الخيار فيه، وذلك كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة والحوالة وغير ذلك من العقود التي تقبل الفسخ (٤)، ولايشترط في صحتها القبض، أما إذا كان القبض شرطا في صحتها كالصرف والسلم فلا يصح فيها اشتراط الخيار أيضا، لأن صحة اشتراطه فيها تستلزم عدم وجوب القبض، وذلك كما إذا شرط للمسلم «المشترى» أو المسلم إليه «البائع» أو شرط لأحد عاقدى الصرف (٤)، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، ومما يصح فيه كذلك اشتراط الخيار ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين (المواثبة والتقرير) فيقول الشفيع:

⁽١) ولكنه إذا اختار قبل مضى ثلاثة أيام صبح العقد عند الإمام، وإن اختار بعد مضيها صبح عند الصاحبين الاعنده. راجم الشلبي على الزيلعي.

⁽٢) قد يرد على ذلك أنهم نصوا على صحة اشتراط الخيبار فى الوقف عند أبى يوسف كما فى الاشسباه والنظائر، مع أنه لازم لا يقبل الفسخ، وقد علمت أن شرط الخيار فيه لا يتقيد بمدة الأيام السلائة، ويستثنى وقف المسجد. فإن اشتراط الخيار فيه باطل اتفاقا. ود المحتار هج٤ص٥٥٥.

⁽٣) هكذا قالوا. وهذه العلة منفوضة بالنكاح، لأنه يحتسمل الفسخ بالردة والرفع بالطلاق، ومنفوضة أيضا بإسقاط الشفعة، لأنه لايحتمل الفسخ. وقد أجيز فيه الحيار. وإذا علمنا أن ثبوت الحيار يمنع ابتداء الحكم وظهوره فلا تنافى بين صحة اشتراط الخيار وبين عدم قبول هذه العقود للفسخ؛ ذلك لأنها لانقبل الفسخ بعد ظهبور حكمها واثرها، أما قبل ذلك فلا ماتع من أن يقال: إن العلة قد ارتفعت، وذلك كما فى الخلع والطلاق على مال والعتق على مال فإنهم أجازوا للمرأة والعبد اشتراط الخيار مع أن الخلع طلاق، وهو لايرتنع بعد ثبوته ولايقبل الفسخ، وكذلك الحال فى العتق. وعلى هذا فالتعليل غير ظاهر.

⁽٤) يجوز اشتراط الخيار للراهن لان العقد بالنسبة له لازم لا للمرتهن، لأن العقد بالنسبة له غير لازم. وكان المنهوم أن يكون الحكم كذلك في الكفالة فيجوز اشتراطه للكفيل دون المكفول له، لأن الكفالة لازمة بالنسبة إلى المكفول له، ولكن رأيت في رد المحتار: أن اشتراطه جائز بالنسبة للهما، فليسنظر وجه ذلك بالنسبة للمكفول له. واجع رد المحتار في باب خيار الشرط (ج٤ ص٥٥) نقلا عن البحر، ومثل ذلك في جامع الفصولين (ج١ص٤٢٤).

⁽٤) راجع جامع الفصولين (ج٢ ص ٢٤١).

أترك حقى فى الشفعة على أنى بالخيار فى ذلك ثلاثة أيام، فيكون للشفيع بذلك حقى الرجوع عن ذلك، وإمضاؤه فى مدى الأيام الثلاثة متى حددها(١١).

وبناء على ماتقدم إذا تصالح شخصان على أن يكون لأحدهما الخيار مدى ثلاثة أيام صح ذلك، وكذلك إذا استأجر دارا على أن يكون له الخيار، أو كفل أو زارع، وعلى هذا المنوال تتضح لك بقية الأمثلة.

آثاره: يترتب على اشتراط خيار الشرط في أي عقد ما يأتي:

الأولى - أن يكون لمن شرط له الخيار من العاقدين الحق فى أن يمضى العقد أو يفسخ، فيسختار خير الأمرين له، ولايلزم فى ذلك اللفظ، بل يصح أن يكون إمضاء العقد أو فسخه به وبكل فعل يفيد ذلك، فيلزم العقد عند إمضائه وينفسخ عند فسخه دون حاجة إلى القضاء، وإذا لزم لم يصح أن يفسخ بعد ذلك إلا بتراضى عاقديه.

وعلى ذلك إذا كان الخيار للمشترى مثلا فقال: أمضيت العقد، أو تصرف فى المبيع تصرفا لا يكون إلا من مالك، كأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه _ وإن لم يترتب على ذلك تسليم إلى المستأجر أو المرتهن أو المشترى، أو يبنى فيه إذا كان أرضا، أو يعمره إذا كان دارا، أو ينتفع بركوبه فى قضاه حاجاته إذا كان عا يركب، فإن العقد فى كل هذه الصور وما شابهها يلزم، لإمضائه صراحة أو دلالة من المشترى.

وْإِذَا كَانَ الْحِيَارِ لَلْبَاتُعِ مِثْلًا فَقَالَ: فَسَخْتَ الْعَقَد. أو باع المبيع لشخص آخر، أو كان أرضًا فبنى فيها منزلًا لنفسه، فإن ذلك يكون إبطالًا للعقد، فينفسخ به دون توقف على قضاء القاضى بذلك(٢).

⁽۱) قد بقال: كيف صح اشتراط الحيار في إسقاط الشفعة والإسقاط لازم لايحشمل الفسخ، وكذلك يقال بالنسبة لمن صحح اشتراط الحيار فيه. بالنسبة لمن صحح اشتراط الحيار فيه. فذكر فخر الإسلام أنه صحيح، ونقل الحموى عن العمادية أنه اشتراط باطل. وبه جزم صاحب الخصائص نفلا عن الخلاصة في أول كتاب الهية. راجع رد المحتار فج 2 ص200.

⁽٢) وذهب بعض الحنابلة إلى أن القسخ من البائع لايتم إلا برده الشمن إذا كان قد تسلمه من المسترى. واعتمد ذلك صاحب الكشاف "ج٢ ص٤٤٩. ويرى الحنفية في هذه الحال أن للمشترى أن يحبس المبيع عنده حتى يرد البائع الثمن إليه. راجع جامع القصولين "ج١ ص٤٤٤».

وإذا شرط الحيار لكل من العاقدين كان لكل منهما إمضاء العقد وفسخه، فإذا فسخه أحدهما بطل وسقط بذلك خيار الآخر، إذ لا خيار إلا في العقد وقد بطل، وإذا أمضاه كان الآخر على خياره فيفسخه أو يمضيه إن أراد.

مضى المدة وموت من له الخيار فيها : وكما يلزم العقد بإمضائه قولا أو فعلا يلزم بموت من له الخيار فيها ، وكذلك يلزم بمضيها من غير حصول اختيار منه لأحد الأمرين ، فإذا كان للبائع أو للمشترى فتوفى قبل أن يختار ، أو مضت مدة الخيار ولم يختر ، لزم العقد بالنسبة له ، وذلك لأن العقد مع الخيار قائم ، ولا يرتفع إلا بالفسخ . وإذا مات من له الخيار تعذر الفسخ من ناحيته ، فأصبح العقد لازما من جهته ، فيلزم إذا لم يكن الخيار مشروطا للعاقد الآخر ، وكذلك الحال فى مضى المدة ، لأن من شرط له الخيار لايملك فسخ العقد إلا فيها . فإذا مضت ولم يفسخ لزم من ناحيته (١).

وإذا كان الخيار لهما ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته كذلك، وكان الآخر على خياره، وكذا إذا مضت المدة دون أن يختار أحدهما فإن العقد يلزم بمضيها بالنسبة لمن مضت مدته دون الآخر فإنه يبقى على خياره.

شرط الحيار لغير العاقدين: وإذا كان الحيار مشروطا لشخص آخر غيرهما فإن الحيار يكون له ولمن اشترطه (٢)، فإذا سبق فأمضى العقد أو فسخه نفذ ما أراد ولم يكن للآخر مسخالفته، فإن أمضاه أحدهما وفسخه الآخر ولم يعلم السابق فالفسخ أولى بالتنفيذ، لأنه أقوى، إذ إنه لاينقض.

غير أنه يجب أن يلاحظ في كل ماذكر أن فسخ العقد إذا كان بفعل ممن له الخيار ترتب عليه أثره وإن لم يعلم به العاقد الآخر. كما إذا كان للبائع فباع المبيع

⁽۱) وإلى هذا ذهب الشافعي واحمد. وذهب مالك إلى أن الخيار يتهى بمضى المدة وما الحق بها من الزمن اليسير كالغد، ولكن الحكم ليس لزوم العقد دائما، بيل ينظر إلى المبيع مثلا. فإن كان في يد المشترى ومضت المدة وهو في يده من غير اختيار بمن جعل له حق الخيار سواء أكان بائعا أم مشتريا _ فيإن العقد يلزم ويكون المبيع له. وإن كنان في يد البائع ومضت المدة وما ألحق بهيا كذلك من غير اختيار ممن له الحيار ارتبفع العقد وصار المبيع للبائع وليس للمشترى. راجع نهاية المحتاج فج ع ص ١٨، وكشاف القناع فج ٢ ص ٥٠ والخرشي وج٥٠ وهم ١٤٥٠.

⁽٢) وأصح الأقوال عند مالك: أن الخسيار يكون لمن شرط له نقط دون من اشترطه من المتعاقسدين، لأنهما باشتراطه لغبرهما أعرضا عن أنفسهما فلا يكون لهما البت في العقد، وهذا بخلاف ما إذا علقاه على مشورة غيرهما. فإن لهما عند ذلك الاستبداد بإمضاه العقد أو فسخه، دون من علق العقد على مشورته. راجع الشرح الصغير (ج٢ ص١٤١).

لشخص آخر غير المشترى. أو كان للمسترى فتصرف فى النمن وهو عين. وإن كان بقوله، كفسخت العقد ونحوه لم يترتب عليه أثره، وهو انفساخ العقد إلا عند علم العاقد الآخر به فى مدة الخيار (١)، فإن مضت المدة قبل أن يعلم لزم العقد على الرغم من اختيار فسخه، ذلك لأن العقد لايفسخ إلا عند العلم بالفسخ، وإذا مضت المدة قبل العلم به مسضت والعقد قائم فيلزم لذلك، إذ لايفسخ بعد مضى المدة. وفرقوا بين الحالين بأن الفسخ فى الحال الأولى فسخ ضمنى، فلا يشترط فيه العلم، وفى الثانية قصدى، فيشترط فيه العلم حتى لايتضرر العاقد الآخر، لأنه إذا كان الخيار للبائع فسفخ ولم يعلم المشترى فربما ظن أنه أمضاه فيتصوف فى المبيع بإتلاف أو ما فى معناه فيلزم بقيمته، وقد تكون أكثر من ثمنه. وإذا كان للمشترى ففسخه بلا علم البائع تضرر، لعدم تمكنه من البحث عن مشتر آخر، وهذا ماذهب وأحمد ومالك وزفر إلى أنه لايشترط علم العاقد الآخر فى الحالين ولا فرق بينهما(٢)، لأن حق الفسخ ثابت لمن شسرط له الخيار. فلا يتوقف نفاذه على علم العاقد الآخر بعد أن توافقاً على ذلك.

الثانى _ إن اشتراط الخيار من أحد العاقدين لنفسه أو لأجنبى عن العقد فى عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض من ملكه، واشتراطه منهما يمنع خروج العوضين كل من ملك مالكه (٦)، وعلى ذلك إذا اشترط البائع الخيار لنفسه أو يأجنبى عن العقد لم يخرج المبيع من ملكه، لأن خروجه من ملكه يعتمد الرضا، والرضا غير متحقق مع الخيار. فلا يترتب على العقد ذلك الأثر، ولكن الثمن يخرج من ملك المشترى في هذه الحال (٤). وإذا اشترط المشترى الخيار لنفسه أو

(١) راجع جامع القصولين (ج١ ص٢٤٢ه.

⁽٢) راجع كشاف القناع اج٢ ص٤٩١، ونهاية المحتاج اج٤ ص٢١، وجامع الفصولين اج١ ص٢٤٢٠.

⁽٣) فى تهذيب الفروق (ج1 ص٣٨٦): مايدل على أن أشتراط الخيار لأحد العاقدين يحول دون ترتب أى أثر من آثاره عليه عند مالك والليث والأوزاعي، فيصيم من هذه الناحية كالموقوف؛ ولذا يكون هلاك المبيع لمند اشتراط الخيار على البائع مطلقا. وقال بعض المالكية: إذا هلك في يد المشترى وكان مما يغاب عليه فهلاكه ليه دون البائع كما في الرهن والعارية.

⁽٤) راجع الزيلعى وحاشية الشلبى عليه. ودخوله فى ملك البائع وعدم دخوله حينتذ محل للخلاف الذكور المبيع إذا ما شرط الخيار للمشترى. ويظهر لى أن هذا الخلاف يجرى أيضا إذا كان الثمن دينا فى الذمة، إذ الممكن أن يقال: إن المشترى يصبح مدينا بمجرد تمام الإيجاب والقبول وإن لم يتملك شيئا. وعلى قول إمام يكون مدينا ولا دائن له، وعلى قولهما يكون مدينا للبائع بغير مقابل كما يتملك الشمن إذا عينها بغير منابل.

لأجنبى عن العقد لم يخرج الثمن من ملكه كذلك، ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه إذا لم يشترط له الخيار، وعلى ذلك يبقى أمره موقوفا عند الإمام، فإن أمضى المشترى العقد ظهر أنه دخل فى ملكه من وقت صدور العقد، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع. ويرى الصاحبان أن المبيع يخرج من ملك البائع فى هذه الحال ويدخل فى ملك المشترى. ودليلهما على ذلك أنه إذا لم يدخل فى ملك المشترى بعد أن يخرج من ملك البائع كان مالا متقوما لامالك له، ولا نظير بهذا شرعا. فوجب أن يدخل فى ملك المشترى (1)، وقال الإمام: إن دخوله فى لمك المشترى يترتب عليه اجتماع العوضين، المبيع والثمن، فى ملك شخص واحد بهو المشترى، وهذا غير مقبول لأنه يتنافى مع معنى المعاوضة، وعليه فلا يدخل فى ملك المشترى، وهذا غير مقبول لأنه يتنافى مع معنى المعاوضة، وعليه فلا يدخل فى ملك المشترى، وكذلك لايبقى فى ملك البائع، لأن المعقد قد تم من جهته لنمام رضاه فيفيد أثره، وإذن يبقى موقوف الحال إلى أن يظهر الأمر، فإما أن يظهر أنه ملك للبائع بفسخ المشترى من وقت العقد بإمضاء المشترى العقد، وإما أن يظهر أنه ملك للبائع بفسخ المشترى العقد.

تأثير الخيار في نفاذ العقد: والنتيجة: أن اشتراط الخيار في العقد عند الحنفية يحول دون ترتب جميع آثاره عليه، وذلك لما علمت من أنه يمنع نفاذ العقد بالنسبة إلى من شرط له من العاقدين، فلا يخرج بدله من ملكه اتفاقا، ولايطالب به قبل سقوط خياره، ولذا قال الكاساني في البدائع: خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال بالنسبة لمن له الخيار، فيكون العقد موقوفا في الحال، على معنى أنه لايعرف حكمه للحال، وجاء في شرح التبيين للزيلعي: وحاشية الشلبي عليه، نقلا عن الإتقاني: إن العقد بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم، بل يكون موقوفا في حق الحكم إلى وقت سقوط الخيار فينفذ حينئذ، ذلك لأن الخيار داخل على الحكم دون السبب وهو العقد، فيمنع الحكم دون السبب، ثم نقل الشلبي على الحكم دون السبب، ثم نقل الشلبي

مايبطل به: ينتهى خيار الشرط بما يأتى:

 ⁽١) وإذا كان عقارا فييع عقار بجواره كان للمشترى في هذه الحال أخذه بالشفعة، غير أنه إذا طلب الأخذ
بها سقط خياره واعتبر هذا إجازة للعقد. راجع الزيلعي.

 ⁽۲) ونتيجة ذلك: أن العقد بشرط الخيار لايجير العاقدان على تنفيذ آثاره عند الحنقية مادام الخيار موجودا،
 حتى إذا كان للمشترى لم يلزم الباتع بتسليم المبيع إليه، كما لايلزم المشترى بتسليم الثمن إلى الباتع، وكذلك الحكم =

(١) إجازة العقد في مدة الخيار عن له الخيار، سواء أكانت صريحة بالقول،

وذهب الشافعي إلى أن ملك المبيع في مدة الحيار لمن له الحيار. فإن كان الحيار للبائع وحده لم يزل ملكه عن المبيع وظل في ملكه كما يظل الثمن في ملك المشترى حيننذ، وإن كـان الخيار للمشترى رحله تملك المبيع كما يتملك البائع النمن، وعلى هـ فا فاشتراط الحيار للبائع بحول دون ترتب آثار عنقد البيع عليه، واستراطه للمشتـري لايحول دون ترتب آثاره عليه، فيتــقل ملك المبيع إلى المشتري وملك الشــمن إلى البائع. وإذا شرط الخيار لهما معا فالحكم موقوف لا يظهر أمره حتى يظهر مآل العقد، فإن تم البيع ظهر أن المبيع ملك للمشترى، وأن الثمن ملك للبائع من حين العقد، وإن قسخ البيع ظهر أن المبيع لم يخرج من ملك البائع وأن الثمن لم يزايل ملك المشترى، وعلى هذا الأسماس يكون الحكم على زوائد المبيع الحادثة في مدة الخيار، كاللبن والثمرة والحبوب ومنا أشبه ذلك، فتكون لمن كنان له الملك في هذه المدة ـ ولو فسخ العشد في نبايتها بعند حدوثها ـ وذلك بناء على الاصع من أن الفسخ يرفع العقد من حسينه لا من أصله. وأن الملك عند الإجازة لا يستند إلى وقت حدوث العبقد بل يبتدى. من وقتها، وعلى ذلك تكون الزوائد للمشترى إذا كان الخيسار له ولو نسخ العقد. وتكون للبائم إذا كان الخيار له ولو أجيز العقـد. راجع نهاية المحتاج وحاشية الشـبراملــي عليه "ج؟ ص١٩٥٠ وروض الطالب وج٢ ص٥٥٣. وقـد يلاحظ على هذا المذهب أن خيــار البائع إذا منع أن تــرتب آثار العقد عليه فلماذا لا يكون له هذا الأثر إذا ما شرط الخيار معه للمشترى؟ فيكون حكم العقد عند اشتراط الخيار لهما كحكمه عند اشتراط الخيار للبائع، من ناحية أن شرط الخيار للبائع متحقق في الصورتين واشتراطه للمشترى في إحداهما لايزيد العقد قوة، ثم يقال : إذا كان شرط الخيار للبائع يحول دون خروج بدله من ملكه فلماذا لايكون شرط الحيار للمشترى كذلك حائلا دون خروج بدله من ملكه؟ فلينظر وجه ذلك. وذهب أحمد إلى أن اشتراط الخيار في العقد لا يحول دون ترتب آثاره عليه، ففي البيع ينتقل ملك المبيع إلى المشترى وملك الثمن إلى البائم، سواه أشسرط الخيار لأحدهما وحده أم لهمـا معا، وهذا هو ظاهر المذهب وهو أحد أثوال الشافعي، وعلى هذا الأساس يكون الحكم على الزبادة والتلف والنفقة. فإذا كانت الزيادة منفصلة سواء أكانت متولدة أم غير متولدة وقد حدثت في مدة الخيار فهي للمشترى في جميع الأحوال، سواء أحدثت في بد البائم أم في يد المشترى، وسواء أكمان الحيار لهما أم لأحدهما، وسواء أمضى العقد أم فسخ، وذلك كالثمرة والولد واللبن والبيض والأجرة والحيوب، لأنها مال مملوك للمشترى، وفسخ العقد إنما يكون من وقت الفسخ لا من وقت إنشائه ـ وإذا كانت متصلة متولدة كالسمن والجمال وتعلم الصنعة فإنها تتبع أصلها، إن أمضى العقد كانت مع المبيع للمشترى، وإن فسخ كاتت معه للبائع، والحمل عند العقد يعتبر مبيعًا لا زيادة. وإن =

كأجزت العقد وأسقطت خيارى ونحوه، أم دلالة بالفعل، كأن يتصرف المشترى فى المبيع ـ عندما يكون له الخيار ـ تصرف الملاك، بأن يبيعه أو يرهنه أو يهبه ولو من غير تسليم، أو يؤجره أو يستعمله انتفاعا به لا رغبة فى استحانه، بشرط ألا يزيد على الحاجة فى ذلك، ومن ذلك: أن يعرضه للبيع فى الأسواق عند محمد خلافا لأبى يوسف. وكأن يتصرف البائع فى الشمن ـ عندما يكون له الحيار ـ مثل هذا التصرف من بيع وهبة وإبراء ونحوه.

(٢) فسخ العقد في مدة الخيار بمن له الخيار صراحة بالقول، كفسخت العقد أو دلالة بالفعل كأن يتصرف البائع في المبيع ـ عندما يكون له الخيار ـ تصرف الملاك ببيعه ولو مع شرط الخيار له، أو رهنه أو إجارته أو إعارته أو إعارته أو هبته مع تسليمه، أما إذا وهبه من غير تسليم، فلا تعتبر هبته في هذه الحال فسخا. وكأن يتصرف المشترى في الثمن عندما يكون عينا والخيار له ـ تصرف الملاك فيخرجه عن ملكه مثلا . قراجع رد المحتار ج٤ ص٥٥».

(٣) موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار ^(١).

⁻ نقص المبيع أو هلك فى مدة الخيار فعلى حساب المشترى لأنه المالك، إذ بالعقد يدخل فى ضمانه بشرط الا يكون قد منع المشترى من قسضه، وبشرط ألا يكون مكيلا ونحوه وقد بيع بمسئله، فعند ذلك يكون فى ضمان الباتع مادام فى يده، ويبطل خيار المشترى بتعيب المبيع أو تلف فى مدة الخيار لاستقرار الثمن بذلك فى ذمته. وكذلك تكون نفقات المبيع ومتونته على المشترى فى مدة الخيار لانه مالكه.

أما التصرف في أحد البدلين فإن كان الخيار لهما فهو غير جائز من أحدهما، لأن البيدل - وإن كان مملوكا للمتصرف إذا تصرف المشترى - لم يزل عنه تعلق حق البائع به. فمنع التصرف إما لأنه تصرف في ملك الغير أو في ملك تعلق به حق الغير. أصا تصرف المشترى في البييع عندما يكون الخيار له أو تصرف البيائع في العوض عندما يكون الخيار له فسجائز من ناحية أنه يعتبر إجازة للمشد وإمضاء له لدلالته على الرضا. ولكن وقل البياغ في المبيع إذا كان الخيار له وتصرف المشترى في العرض إذا كان الخيار له تصرف باطل لانه ترف في ملك الغير ولا يعد فسخا، راجع المغنى وج م ص ٢٦٥ وما بعدها، وكثاف الثناع وج ٢ ص ٥٠٠ و المعدها، وقد يلاحظ على مذهب أحمد أنه إذا شرط الخيار للمشترى ولم يتسلم المبيع ثم حدث فيه نماء في ما الحيار ثم فسنخ المشترى العقد بعد ذلك، فكيف يكون هذا النماء ملكا للمشترى؟ لايكفي أن يقال: إنه و معلوك له وفي ضمانه. إذ الواقع أنه ربما اتخذ هذا وسيلة إلى أخذ ذلك النماء بالمجان.

⁽۱) إذا توفى من له خيار الشرط فى مدنه سقط خياره، ولا يتنقل إلى ورثته عند الحنفية كما سيأتى. وكذلك يطل الحيار إذا كبان المباشر للعقب وكبيلا شرط الخيار لنفسه ثم توفى فى المدة. ولايكون لموكله بطريق الاستقلال، كما يبطل خيار هذا الوكبيل أيضا بوفاة موكله فى المدة. وكذلك الحكم فى الوصى إذا باشر العقد وشرط الخيار لنفسه ثم توفى الوصى أو توفى المولى عليه فى المدة، ومثله فى هذا الحكم الولى.

والعاقد لنصه إذا شرط الخيار لغيره، ثم توفى هو فى المدة لم يبق الخيار لمن شرط له وجاء فى جامع الفصولين هج اص ٢٤٤ه مايلى: وكيل «البيع» أو الوصى أو المالك الذى باع بنفسه واشترط الحيار لغيره إذا مات الوكيل أو الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه وهو مالك أو من اشترط له الحيار. قال محمد : يتم البيع فى كل ذلك، لان لكل منهسم حقسا فى الخيسار. ثم قسال صاحب جمامع الفسسولين: والجنون كالموت ثم ع

- (٤) مضى مدة الخيار بلا اختيار ممن له الخيار.
- (٥) تعيب محل العقد أو هلاكه بأى سبب من الأسباب فى يد متملكه من العاقدين عندما يكون الخيار له، وعلى ذلك إذا تعيب المبيع فى يد المشترى، وكان الخيار له أو هلك فى يده والخيار له كذلك (١). فإن خياره يبطل ويلزم عقد البيع بالنسبة له(٢)، لافرق فى ذلك بين أن يكون كل من التعيب والهلاك بسبب سماوى أو نتيجة اعتداء عليه من البائع أو من المشترى، أو من أجنبى عند العقد (٢).
- (٦) إذا كان محل العقد عقارا، واشترط الخيار للمتملك، ثم طلب الشفعة بذلك العقار في مدة الخيار، فإن خياره يبطل ويلزم العقد، إذ يعتبر هذا الطلب إجازة للعقد، فإنه لايستحق الشفعة إلا إذا كان وقت البيع مالكا للعقار، وهو لايملكه إلا إذا أجاز العقد، ولذا يبطل خياره بمجرد الطلب في المدة.

⁼ قال أيضا : ولو باع أب أو صى مال صبى بخيار قبلغ الصبى فى المدة قال أبو يوسف: يتم البيع ويبطل الحيار. وعن محمد فى ذلك ثلاث روايات. وجاه فى الفتاوى الهندية وج٣ ص٤٣٥ : النحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الحيار. والذى يظهر لى : أن المراد بالجنون فى عبارة جامع الفصولين: المطبق، وفى عبارة البندية المتقطع الذى يزول قبل انتهاه مدة الحيار، بدليل قرنه بالإغماه، وقد يقال: إذا كان المراد به فى عبارة جامع الفصولين : المطبق، لم يكن لحدوثه أثر فى إسقاطه على قبول الإمام، وذلك لسقوط الحيار حينئذ عند انتهاه المدة، وهذا إذا لم تشمل عبارته جنون الموكل، فيإن شملت ـ كما هو الظاهر منها ـ وكان جنون الموكل مسقطا عيار الوكيل ظهرت الفائدة فى الإسقياط، لأنه إذا كان جنون الموكل مطبقا سقط به خيار الوكيل، وإن غير مطبق لم يسقط، كما هو الحال فى الإغماه إذا أصابه. وفى البحر وج٦ ص ٢٠٠ : التحقيق أن الإغماه والجنون لايسقطان الخيار إنما المسقط له مضى المدة فيهما من غير اختيار، ولذا لو أفاق قبل مضيها رئيخ جاز، ولو سكر من خمر لا يبطل خياره، ولو سكر من بنج ببطل.

⁽١) كيف يصح البيع ويلزم مع هلاك محله قبل تمامه؟ أجيب عن ذلك بأن البلاك لابد أن ينقدمه في العادة عيب يمنع الرد فيلزم به العقد قبل فوات محله، واجع رد المحتار (ج) ص٤٥٧.

⁽۲) لآفرق فى الحكم بين أن يكون الهسلاك قبل فسخ المشترى أر بعده قبل رده إلى البائع، وذلك لأن تمام الفسيخ بالرد، فإذا ملك قبل الرد، بطل الفسخ ولزم العقد، والفسيخ بالحيار يسحتمل الرفع، ولسذا يجوز للعاقدين بعد الفسخ أن يتفقا على فسخ هذا الفسخ وإعادة العقد، وعند ذلك يعود كما كان.

⁽٣) وإذا لزم بالعقد بالنبة له رجب عليه كل الثمن، وليس له حق الطالبة بنقصه لدخول المبيع في ضمانه من وقت تسلمه، فإذا تعيب أو هلك كانت نتيجة ذلك عليه ـ ثم امتنع عليه أن يرده على بائعه بحالته من العيب أو النلف وقد تسلمه منه سليما فبطل لذلك خياره، وهذا بقى على عيه حتى انتهت مدة الخيار، أما إذا را العيب قبل انتهائها فإن الخيار يعود له. وله بعد عوده أن يختار مابقيت المدة، وقد يتردد النظر في قبول الحكم بعقوط الخيار عندما يكون التعيب أو الهلاك بفعل البائم، لأنه يتضمن أن للبائع سلطانا على حق المشترى في الحيار. فإذا أراد حرمانه من هذا الحق تعدى على المبيع فعابه فيسنط بذلك خيار المشترى، وذلك مايتنافي مع شرع الخيار، ومع ماللحقوق من حماية واجبة، ولذا نقل صاحب جامع الفصولين عن محمد أن تميه، إذا كان بفعل الملك لايسقط به خيار الماقد الأخر قوا ص٢٤٤٥.

(۷) زيادة المحل في يد المتملك إذا كان الحيار له، سواء اكانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء على الأرض والصباغة للثوب (۱)، أم متولدة منه كالسمن للحيوان، أم كانت منفصلة متولدة كالولد واللبن والصوف للحيوان والثمرة للأرض ذات الأشجار، أما إذا كانت منفصلة غير متولدة كالأجرة فلا تمنع، فإذا أمضى المشترى البيع مثلا فهذه الزيادة له اتفاقا، وإذا فسخه رد الأصل مع زيادته عند أبى حنيفة، وقال الصاحبان: يرد الأصل فقط، وله الزيادة لأنها نماء ملكه (۱).

الما إذا تعيب المحل أو هلك في يد المسترى والحيار للعاقد الآخر، فالحكم مختلف، فقى حال التعيب لا يبطل خياره، وعلى ذلك إذا ما أمضى الباتع العقد في هذه الحيال استحق كل الثمن على المشترى للزوم العقد حيث في وليس للمشترى أن يطالب ينقص الثمن للعيب، لانه حصل في يده والمبيع في ضحانه، ولكن له بمتضى الملك تضمين المتعدى بما يستوجبه العيب من الضمان، سواه أكان البائع أم غيره. وإذا ما اختار النسخ استرد الجبيع ورجع على المشترى بما نقص من قيمته بسبب ما أصابه من عيب وهو في ضحانه، وبدعي أن العيب إذا ما كان يفعل المباتع لم يكن له حق الرجوع، إذ لامعني لان يؤخذ منه ليرد عليه، وفي حال البلاك ينفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وعندند يهلك المبيع على المشترى بقيمته عند تسلمه، كما في الدر المختار وحاضيته، الانه في يده مفسمون عليه. وكذلك ينفسخ الصقد إذا ما كان محله لايزال في يد علكه من العاقدين ثم هلك، سواه في ذلك أن يكون الحيار له أم الصاحبه، وعليه إذا هلك المسيع في يد البائع انفسخ العقد، سواه أكان الحيار له أم للمشترى.

اما إذا تعبب فى هذه الحال فقو الخيار منهما على خياره، فإذا كان الخيار للبائع واختار فسخ البيع فسيعه لا يزال فى يده، وإذا أمضاه كان للمشترى أن ياخذه بكل الثمن أو يرد بخيار العيب. وإذا كان الخيار للمشترى كان مخيرا بين استعمال خيار الشرط، وكان له إن شماه أن يمضى البيع ويأخذ المبيع بكل الشمن. راجع شمرح التمبين للزيلعى وحاشمية شمهاب الدين المشلبي عليه من باب خيار الشرط وجمع من المناب المدين المشلبي عليه من باب خيار الشرط

(١) أى من قبل صاحب العين «المشترى» كما هو ظاهر، أما إذا كانت من غيبل الملك فلا تمنع المملك أن يفسخ، لأن في الفسخ رد ملكه إليه، هذا ما أرى.

(٢) راجع الفتارى الهندية (ج٣ ص ٤٨٠ وحماشية الشكيم على التبيين (ج٤ ص ١٧٥) وجمامع الفصولين (ج١ ص ٣٤٤) وجمامع الفصولين (ج١ ص ٩٣٤) إلا أنك تجد فيه أن قول أبى بوسف سع الإمام في أن الأصل يرد إلى اللبائع من زيادته المنفصلة غير المتولدة عند الفسخ، وأن محمدا وحده همو الذي يجعل الزيادة في معلمًا الخال اللمشترى، ولعل النتل عن أبى يوسف قد اختلف، لأن له في المسأنة تولين.

وقد منع المشترى ومن فى حكمه من فسخ العقد فى هذه الحال عند زيادة محله زيادة متولدة تجبا لشبهة الربا، ذلك لأنه لو أجيز له الفسخ فيها لاتنفى رد محل العقد «المبيع» إلى علكه «بانعه» وعندنذ إما أن ترد معه الزيادة فتكون للبائع، وإما أن تبقى المشترى فتكون له، وكلاهما غير جائز. أما جعلها للبائع فلأنها حدثت على غير ملكه، وفيم غير ضمانه، فلو استحقها لاستحقها بهلا عوض، وذلك فى معنى الربا، وأما إبناؤها للمشترى دون أصلها فلان تقلكه إياها قد سبرى إليها من طريق تملكه لاصلها عند حدوثها، فتكون كأصلها مبيعة، فإذا بقيت له بعد استرداده الثمن كانت مبيعا بلا عوض، وفى ذلك شبهة الربا أيضا، فلم يبق كأصلها مبيعة، فإذا بقيت له بعد استرداده الثمن كانت مبيعا بلا عوض، وفى ذلك شبهة الربا أيضا، فلم يبق إلا أن يمنع فسخ العقد ختى تكون مع أصلها للمشترى. وكذلك منع من الفسخ عند زيادته زيادة غير متولدة ألا تمنع من الفسخ. وعند الرد تكون للمشترى عند القائل بذلك بحكم ضمانه لقوله عليه السلام غير متولدة فلا تمنعه من الفسخ. وعند الرد تكون للمشترى عند القائل بذلك بحكم ضمانه لقوله عليه السلام الغراج بالضمان، وتكون للبائع مع الاصل عند الإمام، لظهور أنها تماه علوك له، لاستناد الفسخ إلى وقت إنشاء المقد، ولم تمنع الرد لانها بدل المضعة، والمنافع تعتبر دائما تبعا لاصلها، وإذا ارتفع العقد ظهر أثر ذلك في المقد، ولم تمنع الرد لانها بدل المنفعة، والمنافع تعتبر دائما تبعا لاصلها، وإذا ارتفع العقد ظهر أثر ذلك في المقدد، ولم تمنع الرد لانها بدل المنفعة، والمنافع تعتبر دائما تبعا لاصلها، وإذا ارتفع العقد ظهر أثر ذلك في

منافع محله، فكانت لن استقر الملك له، ولايخفى أن ذلك محل نظر، فسمن الممكن أن يقال مثل هذا فى المتولدة المنفصلة. وهذا كله إذا حدثت الزيادة فى يد المشترى والخيار له، وهناك خلاف هذه الحمال ثلاث حالات أخرى:

الأولى: أن تحدث في يد المشترى والخيار للبائع.

الثانية : أن تحدث في يد البائع والحيار له.

الثالثة : أن تحدث في يد البائع والحيار للمشترى.

فغي الحالين الأولى والثانية، تجد في الفتاوي الحانية الج٢ص١٨٦، من باب الحيسار مانصه: باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت الجارية في المدة اكتسابا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت، فإن الكل يدور مع الأصل، إن تم البيع بينهما يكون للمشترى، وإن انفسخ البيع بينهما يكون للبائع. ا هـ . وهذا يدل على أن الزيادة المنفصلة .. سواء أكانت مـتولدة كالولد أم غير متولدة كالأجـرة والكسب .. إذا حدثت في يد المشترى أو في يد البائع في مدة الحيار، وكان الخيار للبائع في الحالين لم تمنع الرد، لأنها في الواقع نماء ملكه إذ لا يزال المبيع على ملكه في مدة الخيار، فإذا أجاز البيع كان الأصل بزيادته المنفـصلة، متولدة أو غير متولدة للمشترئ مع الأصل، لأن السبب وهو العقد كما يسرى في محله يسرى إلى زوائده. راجع البحر (ج٦ ص٩٠ نقلا عن المعراج، وإذا فسمخ البيع بقي الأصل على ملكه وتبعه زياداته _ وهذا ظاهر _ ويبقى بعد ذلك حكم الزيادة المتصلة بنوعيها في هاتين الحالين، فإن كانت متصلة غير متولدة كالبناء في الأرض، وكانت بفعل البائع، عد ذلك فسنخا للعقد كما مو ظاهر، وإن كاتت بفعل المشترى لم تؤثر في حق البائع الثابت له بالخيار، إذ لاسلطان للمشترى على حق غيره، فيكون معتـ فيا يزيادته، وإن كانت متولدة كالسمن، كانت أولى بعدم منع البائع من استعمال خياره، لانها كالجزء من الأصل، إذ إنها نماء لملكه متصل به، هذا ما يظهر لي، ولا أرى مذا محل تردد. وفي الحال الثالثة، وهي أن يكون الحيار للمشترى وتحدث الزيادة في يد البائع: نجد أن النص الآتي _ وقد ذكر عنب النص السابق : ولو كان الخيار للمشترى فاكتسبت دأى الجارية في المسألة السابقة ، اكتسابا أو ولدت أولادا عند البائع. فكذلك الجواب، أي إن الزيادة انفصلة بنوعيها إذا حدثت في يد البائع لم تمنع المشترى من استعمال خياره، فإن أجاز العقد كان الأصل له مع زياداته، بسبب العقد الذي نفذ في الأصل من وقت إنشائه، أي بالاستناد إلى ذلك الوقت. وإن فسخ العقد كان الأصل مع زياداته للبائع، ويظهر لي أن هذه الزيادة نكون له في هذه الحال بلا حـرج، لأنه ضامن لوجود يده على المبيع، والخراج بالضــمان. ووجه آخر: وهو أن الزيادة إذا حدثت في يد البائع كماتت حادثة قبل القبض، والقاعدة أن زيادات المبيع قبـبل قبضه تعتبر مبيعة كأصلها. ولذا تتابل بجزء من الثمن، وعلى هذا فلا تكون في الواقع زيادة، بل جزءا من المبيع. وبقى الكلام في الزبادة المتصلة بنوعيها إذا حدثت في هذه الحال. والذي يظهر لي: أنها إذا كانت غير متولدة وكانت من قبل المشترى لزم العقد، لأنها تعد رضا منه، وإن كانت من قبل البائع لم تؤثر في حق المشترى، إذ لاسبيل للبائم على حقه الثابت بالشرط. وإذا كـاثت متولَّفة كالسمن، فكذلك لاتؤثر في حق المشترى، لأنها إذا كانت منفصلة متولدة لم تؤثر كما تقدم، فأولى إذا كانت متصلة متولدة للوجه الدي أشرنا إليه، وإذن بكون الأصل بزيادته للمشترى عــد إجازته العقد، ويكون الأصل بزيادته للبائم إذا فسخ المشترى العقد. هذا مايظهــر لى. راجع الزيلعي في هذا الموضــوع من باب خيــار الشرط. والحاصل أن الزيادة إذا حــدثت في يد المملك لاتسقط الخيار، سواء أكان للمشترى أم للبائع، فإنها إذا كانت متولدة متصلة أم منفصلة مطلقًا تكون تابعة لأصلب ولاتمنع النسخ بالخيار. فإن تم البيع كانت مع أصلها للمشترى وإن فسخ كانت مع أصلها للبائع. والسبب في ذلك واضع إذا كان الخياو للبائع، فإن أصلها لم يخرج بسبب الخيار من ملكه. وإذا خرج من ملكه بإمضاء العقد خرج مستندا إلى وقت إتشائه فتسبعه الزيادة، وأما إذا كان الحيار للمشترى فإنها لاتمنع الرد أيضًا كما منعته إذا حدثت في يد المشترى، وذلك لأنها إذا حدثت في يد البائع كانت حادثة قبل القبض. والقاعدة أن زيادات المبيع قبل قبضه مبيع كأصلها كما ذكرنا حتى يقابلها جزء من الثمن. وإذن فلا زيادة في المبيع عندئذ لأن الجميع مبيع.

وراثته: إذا توفى من له الخيار من العاقدين لم يرثه فيه وارثه، لأنه إرادة ومشيئة.

وذهب الشافعى ومالك إلى أنه يورث، لأنه حق مالى متعلق بالمال، وأثر من آثار العقد، لاحق شخصى، والحقوق المائية تورث لقوله عليه السلام امن ترك مالا أو حقا فلورثته وهذا أوجه (١).

⁽١) وهذا إذا كان الخيار له في عقد عقده لنفسه. فإن كان في عقد عقده لغيره بأن كان فيه وليا أو وكيلا لم ينتقل الخيار إلى وارثه وإنما ينتقل إلى الحاكم أو الموكل راجع النهاية "ج، على ١٩١٥.

خلاصة الباب

خيار الشرط ما يثبت للعاقد أو غيره من حق في إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له ، وعلى هذا يجوز أن يشترط لأحد العاقدين أو لكل منهما أو لأجنبى، غيبر أنه إذا اشترط لأجنبى ثبت أيضا لمن اشترطه لذلك الأجنبى من العاقدين. ولا يثبت هذا الخيار إلا باشتراطه. ولايكون اشتراطه صحيحا إلا إذا وقت بمدة لم تزد على ثلاثة أيام عند الإمام، وأجاز الصاحبان زيادتها، فإن زادت كان العقد صحيحا عندهما فاسدا عند الإمام، ولكن فساده يرتفع بإسقاط الخيار قبل مضى الأيام الثلاثة. واشتراطه في عقد غير لازم لغو، ولايصح اشتراطه في العقود التي لاتقبل اتفاق العاقدين على فسخها كالزواج، ويصح فيما عدا ذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، ويستثى منها ماكان القبض شرطا في صحته كالصرف.

ويترتب على اشتراطه أثران:

الأول - أن يكون لمن شرط له حق إمضاء العقد أو فسخه في المدة. فيتم ذلك منه بالقول أو بالفعل، دون توقف على قضاء من القاضى أو رضا من العاقد الآخر، بل ولا على علمه أيضا عند أبي يوسف، وذهب الإمام إلى أن الفسخ إن كان بالفعل لم يتوقف نفاذه على العلم، وإن كان بالقول لم ينفذ إلا وقت علم العاقد الآخر به، حتى إذا مضت المدة قبل العلم بالفسخ بطل الفسخ ولزم العقد، وبناء على ماذكر إذا مضت مدة الخيار من غير أن يختار من شرط له الخيار لزم العقد لسقوط حقه في الفسخ، كما يلزم كذلك بموت من له الخيار أثناء مدة الخيار قبل اختياره.

الثانى - أن يجعل العقد موقوفا فى حق حكمه بالنسبة إلى من شرط له الخيار، فإن شرط للبائع لم يخرج المبيع من ملك، وخرج الشمن من ملك المشترى، وإن شرط للمشترى لم يخرج الثمن من ملكه، وإن شرط لكل منهما لم يخرج مال كل من ملكه.

ما يبطل به خيار الشرط: يبطل با يأتى:

- ١ _ إجازة العقد في مدة الخيار أو فسخه بالقول أو بالفعل.
 - ٢ _ موت من له الخيار في مدته قبل أن يختار.
 - ٣ _ مضى مدته بلا اختيار.
- ٤ _ تعيب المحل أو هلاكه في يد المتملك إذا كان شرط الخيار له.
- ٥ ــ إذا كان محل العقد عــقارا وشرط الخيار للمتملك فطلب الشفـعة بسببه
 في مدة الخيار.
- ٦ ـ زيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة أو منفصلة متولدة، أما المنفصلة غير المتولدة فلا تبطل الخيار.
 - وراثته: وخيار الشرط لايورث عند الحنفية.

بأب خيار الرؤية

التعريف به: هو مايثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله. فإذا اشتريت سيارة لم ترها كان لك بسبب عدم رؤيتك إياها الحق في أن تفسخ العقد أو تمضيه عندما تراها _ وإن وصفت لك عند التعاقد _ لأن علم المبيع بأوصافه _ وإن كان نافيا للجهالة _ لايرقي إلى العلم به عند رؤيته، فإن رؤيته تفيد علما أشمل وأدق. فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لايثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد عند إنشائه أو قبله، كما سنين ذلك.

شرعه ولمن يثبت: ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولذا يثبت للمشترى. لقوله على المشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه وزيد في بعض الروايات وإن شاء أخذه وإن شاء تركه المفك وفي ثبوته للملك منهما إذا تصرف فيما ملك فباعه قبل أن يراه خلاف، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته الجمهور منهم إلى عدم ثبوته .

ووجهة الأولين: أن الإنسان قد يرث شيئا لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه، فإذا رآه بعد ذلك فتبين له أنه قد غبن في صفقته احتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه (١).

ووجهة الجمهور: أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفت لمقتضى العقد، فيقتصر فيه على مورد النص، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما بملك قبل رزيته فذلك عن تقصير منه، فلزمه تحمل التبعة، وهذا هو الصحيح(٢).

⁽١) وهذه العلة لانتجه عند من يجعل للمغبون حق فسخ العقد كما تقدم.

⁽۲) وذهب الشافعي في مذهبه الجديد إلى عدم مشروعيته لعدم الحاجة إليه، لأن العقد على العين قبل رؤيتها غير صحيح فلا يصح بيع ما لم يره المشترى ولو مع وصفه له، وإذن فالخلاف في ثبوت خبار الرؤية يرجع إلى خلاف آخر هو خلافهم في صحة العقد على العين الغائبة، فمن ذهب إلى صححة شرائها واستنجارها قال بثبوت خيار الرؤية عند رؤيتها. ومن ذهب إلى عدم صحة العقد عليها قبل رؤيتها قال بعدم ثبوت خيار الرؤية، ومن هؤلاء الشافعي في مذهب الجنيد واحمد على أضح الروايتين عنه، وأما مالك فإنه في أحد قوليه لايرى صحة بيم العين الغائبة قبل وصفها أو رؤيتها. وعلى هذا القول لايرى خيار الرؤية، لأن العقد في هذه الحال فاسد، فإن وصفت في العقد أو رآها المشترى قبله ولم تمض مدة غير كافية للتغير فإنه يجوز بيمها، وللمشترى حيثذ خيار فوات الوصف إذا رآها على خلاف ماوصفت له أو على خلاف ما رآها. وليس ذلك خيار الرؤية، وفي قوله الآخر: يجوز بيم العين الغيائبة من غير وصف بشيرط أن يشترط المشترى في العقد خيار الرؤية له، أما إذا سكت عنه فالمد، وعلى هذا: فخيار الرؤية عند مالك إنما يثبت بالشرط. راجع خلوطاب في كتاب البيع، والفروق للقرافي في ٣ ص ٣٧٣، ولكن يمكن أن يقال: إن هذا ليس بخيار رؤية، ضرب من خيار الشرط.

سبب ثبوته: وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العتد حين العقد وقبله. ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه، سواء أوصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له، فإن رآه حين العقد لم يثبت له الخيار، وكذلك الحكم إذا كان قد رآه قبله بشرط أن يتوافر 'مران: أحدهما ـ أن يكون العاقد على علم بأن هذا المحل هو الذي رآه من قبل . ثانيهما ـ أن يكون المحل وقت العقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقد له، فإن لم يكن على علم بذلك كان على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقد على العقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقد له، فإن لم يكن على علم بذلك كان العند وكذلك إذا كان على علم به ولكنه لم يكن حين العقد على الصفة التي رآه عليها بل تغير .

شروطه ووقت شبوته: وإنما يشبت هذا الخيار عند الرؤية، فرؤية العاقد للمحل شرط فى ثبوته له، ومن هذا نستطيع أن نقول: إنه يشترط فى ثبوت خيار الرؤية ما يأتى:

- (۱) عدم رؤية العاقد محل العقد حين السعقد وقبله، فإن رآه حين العقد لم يكن له خيار الرؤية، وكذلك إذا رآه قبله ثم تبين أنه كان عند العقد كما رآه. أما إذا تبين أنه كان على خلاف ما رأى فإن الخيار يثبت له (۱).
- (٢) أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان، أما إذا كان دينا موصوفا يشبت في الذمة كما في السلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن المناط في تحقق الرضا هو الوصف، فإذا ما تحقق الوصف تحقق الرضا، ولم يكن لثبوت الخيار مقتض. بخلاف العين المعينة، فإن الأوصاف لاتكفى لتمام العلم بها وليست مناط الرضا بها.
- (٣) أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، فإن كان مما لايقبل الفسخ كالزواج والخلع فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال، وإن كان عينا مشخصة كأن يتزوج شخص امرأة على دار لم ترها، أو تخالعه على سيارة لم يرها، كما لايثبت في الزوجة أو الزوج اراجع حاشية الشلبي على الزيلعي ج٤ ص٢٤٥.
- (٤) رؤية العاقد للمحل، فلا خيار له قبلها، ولكن لما كان العقد على الأعيان الغائبة عقدا غير لازم بسبب ثبوت خيار الرؤية لمن لم يرها كان له بمقتضى

⁽١) راجع الهندية.

ذلك حق فسخ العقد قبل الرؤية، لابسبب خيار الرؤية، ولكن لأن العقد بالنسبة له غير لازم.

كيف تتحقق الرؤية؟. لايراد بالرؤية الإبصار، بل المراد بها ماهو أعم من ذلك، وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذي يناسبه، فإن كان من المرئيات كان العلم به بواسطة البصر، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم به بواسطة الشم، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق، وإن كان من الأشياء التي لاتعرف إلا بالجس واللمس كبعض الاقمشة كان العلم به بواسطة لمسه وهكذا. وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذي ورد عليه العقد، بل يكفى رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله، كرؤية النموذج منه، وذلك كما في الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك، كما في الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك،

ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئا لم يعرفه، فإن كان ذلك الشيء مما لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصف له، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه (١).

رؤية الوكيل: ورؤية الوكيل بالعقد كرؤية الموكل، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف في رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فقيل: لاتغنى، لأنه وكيل في التسلم لا في الرؤية ولا في الرضا بالمحل. وإلى هذا ذهب الصاحبان، وقيل: تغنى عن رؤية الموكل لأنه وكيل في قبض تام، وذلك لايكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام (٢).

 ⁽١) وعلى هذا فشرط ثبوت الحيار للأصمى عدم جمه للمبيع إن كان مما يجس أو عدم ذوقه إن كان مما يذاق،
 أو عدم وصف إن كان مما يوصف وهكذا، لأن هذا في حق بمنزلة الرؤية من البصير. واجع البدائع
 ٤-٥٥ ٣٩٩٣٥٠.

⁽٢) وفى البحر إذا وكل المشترى غيره فى الرقية لم تغن عن رؤية الموكل، فيكون للمشترى الخيار. والظاهر أنه لافرق فى ذلك بين موكل بصير وموكل ضرير كما تفيده عبارة رد المحتار، وفى رأيى أن محل ذلك إذا كان التوكيل فى الرؤية نقط، أما إذا كان فيها وفيما يترتب عليها من إبرام العقد وفسخه فإن التوكيل يكون صحيحا تطبيقا لقاعدة «كل ما جاز للإنسان أن يباشره بنفسه يجوز له أن يُوكل فيه غيره، وقد علمت أن الوكيل يكون وكيلا فى البرقية إذا كان وكيلا فى العقد أو وكيلا فى القبض عند الإمام، ثم رأيت فى رد المحتار مانصه: إذا وكل مشتر آخر بالرؤية توكيلا مقصودا وقال له: إن رضيته فخذه. لاتصع ولاتصير رؤيته كرؤية موكله، كما فى جامع الفصولين ﴿ج٢ ص٤٤٧»، قال فى البحر معللا ذلك: لأن الرؤية من المباحات لاتتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه النسخ والإجازة. وفى المحيط: وكله بالنظر إذا منا اشتراه ولم يره على أنه إن رضى يلزم العقد وإن لم يرض بفسخ: يصح لائه جعل الرأى والنظر إليه فيصح، كما لوفوض الفسخ والإجازة إليه فى البع بشرط الخيار. ١ ه. ود المحتار ﴿ج٤ ص٥٧ه من باب خيار الرؤية.

العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية: ذكرنا فيما مضى أن خيار الرؤية لايثبت إلا في معقود عليه معين بشخصه، وعلى ذلك فيلا يثبت إلا فيما يأتى:

(۱) البيع عندما يكون المبيع عينا مشخصة. فيثبت - ينذ للمشترى، كأن تشترى كتابا قبل أن تراه، فإذا رأيته كان لك الخيار، إن شئت أخذته وإن شئت تركته، وقد يثبت كذلك للبائع في الثمن إذا كان عينا مشخصة، كأن تبيع دارا بسيارة لم ترها فإذا رأيتها كان لك الخيار. ولا يثبت في السلم؛ لأن المبيع دين في الذمة، ولكن إذا كان الثمن فيه عينا مشخصة لم تكن حاضرة عند عقد العقد ثم أحضرت في المجلس نفسه لتسلم كان للمسلم إليه حينشذ الخيار إذا رآها، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإذا ترك فسد العقد لأن تسليم الشمن في المجلس شرط في صحته.

(۲) الإجارة عندما تستأجر عين من الأعيان، فيثبت للمستأجر إذا رآها، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخها، وذلك كأن تستأجر دارا لتسكنها قبل أن تراها فيكون لك الخيار إذا رأيتها، وإذا كانت الأجرة عينا مشخصة كان للمؤجر كذلك الخيار فيها عند رؤيتها إذا لم يكن رآها.

(٣) قسمة الأعيان القيمية، فإذا قسمت القيميات بين الشركاء فيها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

(٤) الصلح عندما يكون بدله عينا معينة لم يرها المصالح، فإذا رآها كان له الحيار لأنه بمعنى البيع حينئذ، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى والبدل المصالح عليه.

وثبوت خيار الرؤية فيما بيناه من العقود، إنما هو بحكم الشارع فيثبت فيها إذا تحقق سببه، سواء أشرط عند التعاقد أم لم يشترط، بـل يثبت وإن شرط فى العقد نفيه.

أثره: إذا ثبت خيار الرؤية ترتب عليه ما يأتي:

(١) أن يكون لمن له الخيار حق إمضاء العقد أو فسمخه عند رؤيته محل

العقد، فإذا أمضاه لزم، وإذا فسخه بطل، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضي أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك (١).

ويثبت هذا حقا للمتملك بحكم الشارع ابتداء من وقت رؤيته المحل. ولذا لم يكن له أن يتنازل عنه قبل الرؤية، لأن التنازل عنه قبلها إسقاط له قبل وجوده، ولا يصح إسقاط الحقوق قبل وجودها. فلو قال قبل الرؤية: أسقطت حقى فى خيار الرؤية أو تنازلت عنه أو أمضيت العقد وجعلته لازما كان قولا لاغيا، وكذلك لم يكن له أن يشترط فى العقد نفيه، فلو اشترى عينا على ألا يكون له خيار رؤية لم يلزمه ذلك، ولم يفده شيئا، فإن اشتراط ذلك يعتبر تغييرا للشرع، ولا يملك الإنسان تغييره. ولذا يكون له فى كل هذه الأحوال حق الإصفاء أو الفسخ عند الرؤية.

(۲) عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من شبت له الخيار. وهذا الأثر نتيجة للأثر السابق لأن ثبوت حق الفسخ له عند الرؤية يستلزم ثبوته له قبلها، إذ ليس يعقل أن يمتنع عليه قبل الرؤية حق الفسخ، ويلزم بالمضى فى العقد فى حين أنه يستطيع فى كل وقت أن يرى المحل فيكون له عندثذ حق الفسخ، فلو ألزم لكان إلزامه غير مجد.

ولما كان هذا أثرا لازما لحق لازم لم يملك من له الخيار إسقاطه. فلو قال: جعلت هذا العقد لازما أو أمضيته، أو أسقطت حقى فى فسخه الآن لم يفد ذلك شيئا؛ لأن هذا الحق نتيجة لازمة لثبوت الخيار له عند الرؤية، وهو أمر لازم بحكم الشازع فيستتبع لازمه.

هذا وقد جاء فى الكتب المعتبرة استثناء عقد الإجارة من هذا الحكم. فجعل لازما بالنسبة إلى طرفيه إلى أن يرى المستأجر العين المستأجرة. فإذا رآها ثبت له حق الفسخ بخيار الرؤية وليس له الفسخ قبلها، ولم يظهر لى وجه هذا الاستثناء، بل إنى أراه ناقبضا لما قسرر من ثبوت التلازم بين خيار السرؤية وعدم لزوم العقد قبلها. إذ لو كيان التلازم ثابتا لظهر أثره فى عقد الإجارة، لأن اللازم لايتخلف.

⁽۱) غير أن الفَسْخ لا ينفذ إلا إذا حمل الشترى المبيع إلى موضع العقد، إذا كان قد نقل إلى موضع آخر. للا يلزم البائع مؤنة حمله، وذلك تكليف يعتبر في حكم العيب فيمنع الرد. والحاصل: أن مؤنة رد المبيع إلى مكان العقد عند الفسخ بخيار الشمرط أو بخيار الرؤية أو بخيار العيب تجب على المشمرى. رد المحتار وج ٤ ص ٧١ه.

ولعل هذا مادعا بعض العلماء إلى أن يذهب إلى أن جميع العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية تبقى لازمة قبل الرؤية، لافرق بين عقد وعقد. وأن من له هذا الخيار لايملك الفسخ إلا عند الرؤية (راجع البدائع ج٥ ص٢٩٥ والإتقانى فى خيار الرؤية).

والفسخ يكون بكل مايدل على عدم الرضا. ويجوز أن يكون قبل الرؤية وبعدها ولكنه قبل الرؤية يرجع إلى عدم لزوم العقد ولا يعد أثرا للخيار، لأنه لم يوجد، إذ إن رؤية المحل شرط لثبوته. والشيء لايموجد قبل شرطه وبعدها يرجع إلى ثبوت خيار الرؤية فيفسخ بقول من له الخيار: رددت المبيع أو رفضته أو فسخت البيع وهذا هو الفسخ الصريح (۱). غير أنه إذا كان بالقول لاينفذ إلا إذا علم به العاقد الآخر (عند الطرفين) خلافا لأبى يوسف (۲).

ولزوم العقد يكون بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل. فالقول مثل: رضيت أو أجزت أو أمضيت . وهذا هو الرضا الصريح. ولا يلزم به العقد إلا إذا كان بعد الرؤية لا قبلها، لأنه قبل الرؤية إسقاط للخيار. وقد قدمنا أنه لا يملكه. والفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته أو يتصرف فيه. وهذا هو السرضا الضمني.

⁽١) علمت أن خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد، وإذن يشبت الفسخ به من وقت الفسخ لا من وقت العقد، كما في خيار العبب، إذ كان لا يمكن رفع ماثبت فعلا. ويؤيد ذلك أن المشترى إذا أخذ بالشفعة قبل الرؤية، ثم رد المبيع بعد ذلك لم يؤثر الرد في تملكه للعقار المشفوع فيه بل يبقى له، ولو أن الفسخ قد استند إلى وقت العقد لوجب رد العسقار المشفوع فيه، لأنه ظهــر أنه تملكه بغير مسوغ. وهذا مــا ظهر لي وإن لم أره في كتب الحنفيـة. ولكن وجدت في شرح الهداية مــا يأتي: الصفقة لاتتم مع خــيار الرؤية قبل القبض وبــعده، ولهذا يتمكن المشتمري من الرد بغير قضاء أو رضمًا. ويكون فسخا من الأصل. وعلق الكممال بن الهمام على ذلك بقوله: أي لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفـات المبيع. ولله لايحتاج إلى النضاء أو الرضا. ومثل ذلك نی الزیلعی (هدایة ج o ص۱٤٨، والزیلعی ج٤ ص٢٩)، واذن فما معنی قــولهم: یکون فـــخا من الأصل؟ فسره الإنقاني في شرحـه على الهداية بتوله: أي من الابتداء. وذلك التفسير يقــتضي أن الفسخ به يستند إلى وقت حدوث العقــد فيرتفع به من وقت إنشائه، وكأن لم يكن. وهذا غــير ما استظهرناه وعليــه تكون نفتات المبيع في الفترة من العقد إلى الرد بخيار الرؤية على البائع لا على المشترى، أما زوائده فستعرف قريبا أن منها مايمنع الرد بخيار الرؤية. وهذا النوع يكون للمشترى لاستقرار ملكه بسبب تلك الزيادة، ومنها ما لايمنعه وهو تارة يكون للبائع عند رد المبيع لأنه تابع لأصله كالزيادة المتصلة المتولدة مثل السمن إذا حدثت في يد البائع وتارة تكون للمشترى بسبب ضممانه، كالزيادة المنفصلة غير المتولدة، مثل الأجسرة والكسب. أما المنفصلة غير المتولدة فإنها تكون ملكا لمن أحدثها. وقد فسر صاحب البدائع قولهم: فسخ من الأصل بأنه يجعل العقد كأن لم يكن (راجع البدائع ج٥ ص٢٨٢).

⁽٢) وفي رد المحتار، أن الكمال بن الهمام رجح هذا الرأي. •راجع الفتاوي الهندية ج٧ص٠٠٠.

غير أنه إن كان التصرف بعقد يوجب للغير حقا في المعقود عليه كالبيع البات والرهن والإجارة بطل به الخيار، ولزم به العقد، سواء أحصل قبل الرؤية أم بعدها. لنفاذ التصرف وثبوت حق لمن حصل له التصرف يجب المحافظة عليه بتقديمه على حق صاحب الخيار، وإن لم يوجب للغير حقا فيه كالبيع بشرط الخيار للبائع، والهبة بدون تسليم، والمساومة، لا يبطل به الخيار، ولا يلزم به العقد إلا إذا حصل بعد الرؤية كالرضا الصريح.

ما يسقطه: يبطل خيار الرؤية نوعان: نوع يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو مدها، ونوع لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية.

فالأول _ يشمل ما يأتى:

- (١) تصرف المتملك في المحل تصرف يوجب حقا للغير، كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه وإجازته ووقفه ونحو ذلك، فيبطل بهذا التصرف خيار الرؤية، ويلزم العقد، سواء أحصل قبل رؤية المحل أم بعدها.
- (۲) تعيب المحل في يد متملكه، فإنه لايجوز أن يرد إلى صاحبه معيبا وقد سلمه سليما، فيلزم عند ذلك العقد _ وسواء في ذلك أن يكون العيب بفعل المحل أو بفعل المسترى أو بفعل أجنبى، وكذلك الحكم إذا كان بفعل البائع عد الطرفين (۱)، خلافا للثاني.
- (٣) تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقا للغير، لأن خيار الرؤية لايثبت في البعض، فإذا رد المشترى المبيع ممثلا، فإما أن يرده كله أو يرضى به كله، حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع.
- (٤) موت من له الخيار، فإذا توفى سقط خياره، ولاينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة، سواء أكانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها، فيلزم العقد.
- (٥) زيادة المحل في يد مسملك زيادة تمنع الرد بخيار الشرط، وتقدم بيانها (٢).

⁽۱) راجع البدائع دج٥ ص٢٩٦، ٩٢٩٨.

⁽٢) قال الكاساني في البدائع وج٥ ص٢٩٦٠ إذا زاد المبيع في يد المشترى زيادة منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة فإنها في حالات تمنعه من خيار الرؤية وفي حالات لاتمنعه منه، وذلك على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب. والأصل أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن كلا من خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولابعدها. ١. هـ بتصرف.

رمعنى هذا : أن الزيادة التي تبطل خيار الشرط المشروط للمشترى أو خيار العيب تبطل خيار الرؤية. =

والثانى مُ يشمل كل مايدل على رضا المتملك بمحل العقد أو ببعضه (١) من قول أو فعل يصدران منه. ويتحقق ذلك بما يأتيه من هذه الأمور:

- (١) قول يدل على ذلك، كرضيت بالعقد أو بالمحل ونحو ذلك.
- (٢) تصرف فى المحل (٢) لايوجب حقا لغيره، كهبته المحل من غير تسليم، وإعارته وبيعه إياه مع اشتراط الخيار له، ومساومته فيه غيره، ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استبقائه.
- (٣) فعل يتمصل بالمحل، كانتفاعه به وعرضه إياه للبيع (٣)، وقبضه بعد رؤيته، أو دفعه لثمنه.
- (٤) طلبه الأخذ بالشفعة بسببه، فإذا كان المحل عقارا وبيع بجواره عقار آخر فطلب المتملك أخذه بالشفعة بعد رؤيت المحل عد ذلك منه رضا به فيبطل خياره. (أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته المحل، فلا يسقط بذلك خياره، وله فسخ العقد بعد ذلك). ولا يؤثر هذا الفسخ في تملكه بالشفعة.

توقیقه: یبتدئ خیار الرؤیة من وقتها، وینتهی بصدور ما یدل علی الرضا من صاحبه أو فسخ العقد علی الوضع الذی بیناه، کسا ینتهی کذلك بحصول مایسقطه. وعلی ذلك فلیس له مدة ینتهی بانتهائها. وهذا هو الراجح فی مذهب

⁼ وما لاتبطلها لاتبطل خيار الرؤية، وعلى هذا فالزيادة ـ إذا كانت في بد البائع متصلة متولدة أو غير متولدة لا تبطل خيار الشرط للمشترى ولا خيار العبب فكذا لاتبطل خيار الرؤية، وإذا حدثت في يد المشترى واخيار له فإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب فإنها لاتبطل كذلك خيار الشوط ولاخيار العيب. فكذلك لاتبطل خيار الرؤية وهي للمشترى بضمانه، وإن كانت متولدة كالولد أبطلتهما فكذلك تبطل خيار الرؤية، وإن كانت متصلة متولدة كالسمن فهي على الحلاف بالنسبة لكل من خيار العيب والشرط. فلا تمنح خيار العيب والشرط. فلا تمنح خيار العيب والشرط عند محمد. وعلى غير ظاهر الرواية تمنع خيار العيب. وكذلك تمنع خيار الشيخين. فيي على هذا الخلاف بالنسبة لخيار الرؤية، وإن كانت متصلة غير متولدة أحدثها المشترى منعت كلا من خيار الشرط وخيار العيب، أما بالنسبة لخيار الشرط فلدلالتها على الرضا، وأما بالنسبة لخيار العيب فلعدم إمكان الرد بدونها، ولعسدم جواز الرد معها. فكذلك تمنع خيار الرؤية للسبب الذي منعت لأجله من خيار العيب، إذ ليس من المكن فصلها ورد المبيع بدونها وليس من الجائز شهرها رد المبيع معها وتركها للبائم بالمجان وهي ليست له.

⁽١) راجع البحر (ج٦ ص١٣٦.

⁽٢) في الهندية وج ٣ ص ٩٦ مايطل به خيار الشرط من تصرف أو تعبب يبطل به خبار الرؤية.

⁽٣) خلافا لأبي بوسف.

أبى حنيفة. وذهب الكرخى إلى أنه مؤقت، وينتهى وقته بمضى أى زمن يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل، فإذا مسضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار (١).

وراثته: وخيار الرؤية لا يبورث كما لايورث خيار الشيرط؛ لأنه إرادة ومشيئة كخيار الشرط، والوارث لايرث مورثه في رغبته كما تقدم.

⁽۱) وذهب الشافعي في القديم إلى أنه مؤقت بمجلس الرؤية، وروى عنه أنه يثبت فور الرؤية فقط. فإذا قام من مجلسه قبل أن يفسخ بطل خياره على القول الأول، وإذا مضى وقت عقب الرؤية دون أن يفسخ بطل خياره كذلك على القول الثاني.

خلاصة الباب

خيار الرؤية: إذا اشتريت شيئا لم تره من قبل كان لك الخيار إذا رأيته، فإن شئت فسخت العقد، وإن شئت أمضيته. وهذا هو خيار الرؤية. وإذا رأيته قبل العقد لم يكن لك هذا الخيار إذا كنت على علم وقت شرائه بأنك تشترى مارأيت، ولم يكن قد تغير عما كان عليه وقت الرؤية. وإذن فسبب ثبوته عدم الرؤية. فيشت وإن لم يشترط في العقد، بل وإن اشترط عدمه: ووقته عقب الرؤية. وشرطه: أن يكون محل العقد عينا مشخصة لادينا في الذمة، وأن يكون العقد عما يقبل الفسخ باتفاق العاقدين. ولايثبت إلا في عقد البيع، وكذا في الإجارة إذا كانت العين المستأجرة مشخصة، وفي القسمة وفي الصلح على بدل شخصى. والرؤية المانعة من هذا الخيار: يراد بها العلم بالمبيع على الوجه الذي يعلم به عادة، ويكون ذلك بالبصر فيما يرى، وبالشم فيما يشم، وبالذوق فيما يذاق. وباللمس فيما يلمس وهكذا.

أثره: (١) عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له هذا الخيار (ماعدا الإجارة) فيكون له حق الفسيخ قبل الرؤية، لا حق إسقاطه وإمضاء العقد، ولذا لو أسقطه لم يسقط، لأنه لا يقبل الإسقاط.

(٢) أن يكون لمن له هذا الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المحل، فإذا فسخه بطل دون توقف على قضاء قاض أو علم العاقد الآخر. وذهب الطرفان إلى اشتراط علم العاقد الآخر عند الفسخ بالقول.

مايسقطه: يسقطه قبل الرؤية ويعدها ما يأتى:

- ١ ـ تصرف المتملك في المحل تصرفا يوجب لغير العاقدين حقا فيه.
- ٢ ـ تعيب المحل في يد المتملك أو هلاكه ولو كان ذلك في بعضه.
 - ٣ ـ موت المتملك لأنه لايورث.
 - ٤ ـ زيادة المحل في يد متملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط.

ويسقطه بعد الرؤية فقط ما يأتي:

(۱) كل ما يدل على الرضا من قول: كرضيت، أو فعل، كانتفاعه بالمحل أو تصرف فيه لا يوجب للغير حقا. كهبته من غير تسليم وبيعه مع اشتراط الخيار له. ومثل ذلك في الحكم طلبه الأخذ بالشفعة بسببه.

وقته: يبتدئ خيار الرؤية من حين رؤية المبيع، وينتهى بصدور مايدل على الرضا أو الفسخ، وإن تأخر ذلك أياما. وذهب الكرخى إلى سقوطه بمضى وقت يتمكن فيه من الفسخ ثم لا يفسخ.

وراثته: ولايورث خيار الرؤية لأنه مجرد إرادة، وهي لاتورث.

باب خيار العيب

التعريف به: هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك، فإذا اشتريت كتابا فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه، وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد، لتوقف الانتفاع الكامل عليها. وهو مقصود للعاقدين من العقد، فإذا فاتت لوجود عيب انعدم الرضا بالمحل، فوجب أن يرجع إلى رضا العاقد به بعد ظهور العيب، حتى إذا رضى أمضى العقد، وإذا أبى أبطله، وذلك شرع، فقد قضى النبى عليه المرب علام ابتاعه رجل فأقام عنده مدة. ثم تبين فيه عيها، فقال البائع: لقد استغل غلامى يارسول الله، فقال عليه السلام: «الخراج بالضمان»(۱).

سببه وشروط ثبوته: سببه ظهور عيب بالمحل، ولايترتب على ظهوره الخيار إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

۱ ـ أن يوجب ظهور هذا السعيب نقص ثمنه في عرف الستجار ولو يسيرا. بحيث لو عرف عند العقد ما أقدم مشتريه على شرائه، وإن كان ثمنه في العقد أقل من قيمته معيبا.

وذهب الشافعى إلى أن العيب الذى يوجب الخيار ما نقصت به القيمة أو فات به غرض صحيح، وكان الكثير الغالب عدم وجوده فى هذا المحل، ومثال ذلك: أن يشترى شخص شاة للضحية، فيجد فى أذنها قطعا يمنع منها (٦)، فإن ذلك يعتبر عيبا، وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها. أو يشترى حذاءً فيجده ضيقا، وإذا اشترى شيئا الغالب فيه ألا يخلو من هذا العيب لم يعتبر ذلك عيبا، إذ يعد مثل هذا مرضيا عنه بحكم العرف (٦) قال صاحب البحر: وقواعد الحنفية لا تأبى هذا البيان الذى ذكره الشافعية، وعليه فلا خلاف.

⁽۱) يراد بالخراج: ما يحصل عليه المسترى من غلة العين المشتراة ومنافعها وكسبها. وصعنى الحديث: الحراج مستحق بسبب الضمان، فإذا ما اشترى إنسان عينا فانتفع بها ثم اطلع على عيب قديم فيها كان له ردها على بانعها. وليس له أن يطالب المشترى بقيسمة منافعها، لأن المشترى قد استحقها بسبب ضماته إياها، فإنها إن هلكت في يده هلكت عليه وحده.

 ⁽٢) ذهاب أكثر من ثلث الأذن يمنع التضحية بها عند الحنفية، وهذا ظاهر الرواية. وهناك أقوال أخرى.

⁽٣) وذلك كالجوز والبندق إذا وجد بعضه فاسفا. لأنه لا يخلو من ذلك عادة فلا يعد ذلك عيبا إلا إذا كثر حتى صار بحيث لايقبل عرفا.

وعند أحمد الاعتبار بالعرف، فما يعده العرف عيبا كان عيبا يستوجب الخيار، وإن لم تنقص به قيمة المبيع، وما لا فلا . وهذا رأى وجيه، وبناء على ماتقدم إذا اشترى شخص منزلا فاطلع بعد العقد على أنه ينقصه اشنكل مثلا لم يستحق بهذا خيار الرد بعيب لأنه عيب لايترتب عليه نقصان ثمن ولاقيمة، ولايفوت به غرض صحيح من شرائه، ولا يعد في العرف عيبا، بخلاف ما إذا وجد به جدارا متصدعا، فله حينئذ الرد بالعيب اتفاقا وإن كان ثمنه أقل من قيمته معيبا بهذا العيب.

٢ ـ أن يحدث العيب عند المملك، سواء أحدث قبل العقد أم حدث بعده، قبل تسليم المبيع إلى المشترى، فإن حدث عند المتملك المشترى، لم يكن له خيار بسببه، فإذا اشتريت منزلا وبعد أن تسلمته سقط منه جدار لم يكن لك أن ترده بسبب ذلك مادام سقوطه لم يرجع إلى عيب قديم قبل تسلمه؛ ذلك لأن المبيع قد وصل إلى يدك سليما، وذلك مقتضى العقد.

" - ألا يعلم به حين العقد وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل الفسخ، فإذا تعاقدا وهو عالم بالعيب أو رضى به بعد العقد، كما إذا تسلمه عالما بالعيب لم يكن له خيار، وذلك لتمام الرضا بالعين المعيبة، وما شرع الخيار إلا لفقد الرضا بها. وكذلك إذا زال العيب قبل فسخ العقد (١) سبواء أكان زواله وهو في يد المملك أم في يد المتملك، إذ بزوال العيب يزول الخيار. ويلزم العقد مادام العيب لم يعد بسببه السابق نفسه. فإن عاد بذلك السبب نفسه ثبت الخيار، سواء أكان عوده في يد المملك أم في يد المتملك، وإن عاد لابنفس السبب السابق لم يثبت به خيار إلا إذا كان بسبب قائم من قبل قبض المبيع.

٤ ـ ألا يكون المملك قد شرط فى العقد براءته من العيوب، فإذا شرط ذلك فى العقد لم يترتب على العقد خيار، وعلى ذلك إذا اشتريت قلما وقد شرط عليك البائع أنه برىء من كل عيب يطلع عليه فيه، ثم وجدت به عيبا لم يكن لك حق رده، لأنه قد تبين من الشرط أن السلامة لم تكن أساسا لرضاك (٢).

⁽١) راجع رد المحتار (ج٤ ص ١٨٠.

 ⁽٢) رَحَالَفَ في هذا الشرط بعض العلماء من غير الحنفية، فمنهم من ذهب إلى أن اشتراط البائع براءته من العيوب اشتراط باطل، ومنهم من ذهب إلى أنه لايصح إلا إذا بين العيوب التي يبرأ منها.

وبناء على ذلك إذا إذا ما اشترى شخص عينا من الأعيان فوجدها معيبة بعيب وتوافرت جميع الشروط السابقة ثبت له حق ردها إلى بائعها وفسخ العقد، دون حاجة إلى اشتراط ذلك أثناء العقد، لأنه خيار يثبت بالشرع، فلا يحتاج إلى اشتراطه فهو كخيار الرؤية، ولكنه يخالفه في أن يسقط بالإسقاط، فإذا اشترى شخص على أن ليس له خيار عيب في المبيع لم يثبت له هذا الخيار، بخلاف خيار الرؤية، والسبب في ذلك ما بيناه، وهو أن وجود هذا الشرط دليل على تحقق الرضا مع العيب، وما شرع الخيار إلا لعدم الرضا، فإذا تحقق لم يثبت الخيار.

العقود التى يثبت بها خيار العيب: وخيار العيب لايكون إلا فى معقود عليه معين بشخصه، كخيار الرؤية، أما ما يعين بأوصافه فمناط تعيينه تحقق أوصافه. فإذا لم تتحقق، لم يكن محلا للعقد، وعلى ذلك يثبت فيما يثبت فيه خيار الرؤية فقط، وقد بيناه فى خيار الرؤية (١).

أثره: ووجود العيب في المبيع مثلا لا يحول دون نفاذ عقد المبيع بل ينفذ وتترتب عليه آثاره، ولكنه يكون غير لازم بالنسبة إلى من له خيار العيب، فيكون له بسببه الخيار بين أمرين: أحدهما الرضا بالعيب وإمضاء العقد لازما. فيتملك المبيع بالثمن المتفق عليه دون أن يكون لـه حق الرجوع على البائع بما أظهره العيب من نقص مادام لم يمنع من الرد مانع على ما سنبينه بعد. وثانيهما فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن الذي دفعه مادام الفسخ عكنا(٢).

⁽۱) ويثبت كذلك في المهر وإن لم يثبت نيه خيار الرؤية ـ لأن لثبوته في المهر فائدة، وهي رده بالعيب وأخذ قيمته، ولايثبت به حينلذ حق فسخ النكاح، لأنه لايقبل الفسخ. وأما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلمدم فائدته، لأنه إذا ثبت لايترتب عليه كذلك إلا رده والمطالبة بقيمته دون فسخ العبقد، والقيمة أيضا غير مرئية، فلم يثبت لذلك حتى لايتسلسل الأمر (فتح القدير ج٢ ص٥٥٥). وكذلك يبثبت عند الشافعي وأحمد في النكاح فيكون لكل من الزوجين حق فسخه إذا وجد بصاحبه عيبا لم يرضه، وكذلك عند الإمام مالك إلا أن التفريق به عنده يكون طلاقا لا فسسخا. وعند الحنفية يشبت للزوجة فقط إذا وجدت بالزوج عيبا من العيسوب الثلاثة (الجب والخصاء والعنة) عند الإمام. وأضاف محمد إليها (الجنون والجدفام والبرص) ويعتبر التفريق بواحد منها طلاقا، ولايتسع هذا المقام لتفصيل ذلك فليرجع إليه في مواضعه. وقد جاه في المادة ٩ من المفانون رقم ٢٥ سنة رمن طويل لايمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجدفام والبرص. سواه أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد رمن طويل لايمكنها المقد ولم ترض به (فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به ولم تملم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به (فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق) وقد جاه في المادة ١٠ منه: الفرقة بالعيب طلائق بائن.

وإذا فسخ فإما أن يكون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده، فإن كان قبل قبض المبيع وفي حضرة البائع، انفسخ العقد بمجرد قوله: فسخت أو رددت أو نحو ذلك، دون توقف على رضا البائع أو قضاء من القاضى، وإن كان فسخه العقد في غيبة البائع لم ينفسخ إلا عند علمه بذلك عند أثمتنا الثلاثة (١)، وإن كان فسخه بعد القبض لم ينفسخ العقد إلا برضا من البائع أو بقضاء من القاضى. لتأكد العقد بالقبض (٢) والفسخ بالتراضى بعد القبض يعتبر فسخا للعقد بالنسبة لعاقديه، وبيعا بالنسبة لغيرهما (١)، وإن كان بقضاء اعتبر فسخا للعقد في حق العاقدين وغيرهما

الواجب عند إمساك المحل: وليس للمشترى مع هذا الخيار إمساك المبيع والمطالبة بالنقص إلا إذا تراضى مع البائع على ذلك، فعندئذ يكون رضا البائع به حطا لبعض الثمن من ناحيته، وسبب ذلك: أن العيب نقص فى أوصاف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة، فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا

⁽١) راجع البدائع (ج٥ ص١٢٨٦، ورد المحتار (ج٤ ص٠٨٠.

 ⁽۲) وذهب أحمد إلى أن الفسخ بالعيب لايحتماج إلى رضا النائع ولا إلى حضوره ولا إلى حكم قاض.
 وسواه أكان قبل القبض أم بعده، لأنه رفع للعقد بسلطان من الشارع، ولم يقيده الشارع بشىء من ذلك.
 كشاف وج٢ ص٥٦٥.

⁽٣) وعلى هذا يثبت به للشفيع الشفعة، وإذا كان المملك مشتريا من ثالث لم يكن له. أن يرده بسبب ذلك العيب عليه، واشترط بعضهم لذلك ألا يكون هذا السعيب عا لايحدث مثله كالإصبع الزائدة وإلا كان له الرد عليه للتيقن بوجوده عند بائمه الأول، والفتوى على الأول، وإذا كان فسنخ العقد بالعيب ورد المبيع بسببه قبل قبضه كان فسخا بالنسبة للعاقدين ولفيرهما، سواء أكان ذلك بتراض أم بقضاء، لأن النسخ في هذه الحال لا ميحتاج إلى قضاء كما بينا، ولكنهم استثنوا من ذلك الصقار كما في المنح، وسبب الاستثناء جواز التصرف في يحتاج إلى قبضه عند الإمام. فلذلك جاز اعتبار الرد في هذه الحال بيعا بالنسبة لغيسر العاقدين لابتنائه على الرضا. راجع مجمع الانهر «ج٤ص٤٨٥».

⁽³⁾ ويشترط لجواز فسخ العقد بالعيب: ألا يترتب عليه تفريق الصفقة قبل تمامها، وإلا لم يقبل منه حتى يرضى به البائع، فإن رضى به مع تفريق الصفقة قبل، لانه صار إقالة فى بعض المبيع، ولم يمنع منه المتملك إلا لما فيه من الإضرار بالمملك، فإذا رضى المملك ثبين أن الاضرر، فيجوز. وعلى هذا فلا يقبل فسخ العقد في بعض المحل دون بعضه الأخر قبل قبضه جميعه في جميع الاحوال؛ لان تمام الصفقة بالقبض، وتغريق الصفقة قبل ثمامها غير مقبول، وأما بعد قبض جميعه فإن كان المحل شيئا واحدا كدار أو في حكم الشيء الواحد كحذاء لم يقبل فسخ العقد في بعضه أيضا، لما في ذلك من الإضرار بالمملك، وإن كان متعددا كدارين وجد بإحداهما عيبا كان له ود المعيب وحده بحصته من الثمن، وليس له ود الجميع «الدارين» إلا برضا المملك، خلافا لزفر، إذ رأى أنه يجب عليه أن يرد الجميع أو يمسك الجميع، واجع البدائع دج٥ ص٢٨٦» وما بعدها.

فات شيء منها، ولانه لو ألزم البائع به لالزم بإخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه، وذلك ضرر به، ولا يجوز أن يرفع الفسرر عن المشترى بإثبات ضرر على البانع، فوجب إما إعادة الحال إلى سيرتها الأولى وذلك بفسخ البيع ورد كل العوض إلى صاحبه، وإما بإمضاء العقد على حاله إلا إذا تزاضيا على غير ذلك، وإلى هذا ذهب الشافعي، وهو رواية عن أحمد . وأظهر الروايتين عنده: أن المشترى مخير بين الفسخ، وعندئذ يسترد الثمن (١)، وبين الإمساك والرجوع بالنقصان على المملك، إذ بالعيب يفوت على المشترى جزء من المبيع، فكان له المطالبة بحصته من الثمن.

ويرى مالك أن المشترى فى غير العقار مخير بين الرد والإمساك بالثمن، وكذلك فى العقار إن كان العيب فاحشا، فإن كان متوسطا لم يكن له إلا الرجوع بالنقص. وهناك أقوال أخرى.

موانع الرد بخيار العيب: وإنما يجوز للمتملك أن يفسخ العقد بسبب خيار العيب إذا لم يوجد مانع من الموانع الآتية، وهي:

(۱) رضاه بالعيب بعد علمه به، وذلك لأن رضاه به ذليل على أن سلامة المحل من هذا العيب غير مطلوبة له من العقد، وعلى أن وجود هذا العيب لم يؤثر في رضاه فلا يكون له لأجل ذلك حق الفسخ (۲).

(٢) إسقاطه الخيار سواء أكان ذلك الإسقاط صريحا كقوله: أسقطت خيارى. أم دلالة، كابرائه المملك من العيب الذى ظهر، لأن هذا الإبراء دليل تركه للخيار.

⁽۱) ويسترد الثمن من البائع ولو كان البائع قد وهبه إياه أو أبرأه منه قبل قبضه، لأن المشترى تملكه بعقد آخر فلا يؤثر ذلك في حقه في استرداد الثمن عند الفسخ. كشاف القناع «٢٠ ص ٢٤». وأما الحنفية فذهب بعضهم إلى أن هبة الثمن للمشترى أو إبراه منه تمنع المشترى من الرد بسبب العيب إذ لم ينله ضرو ما بعد حط الثمن عنه، ولأن المبيع قد وهب له . وذهب آخرون إلى أنها لا تمنع. ومقتضى قواعدهم: أنه إذا اختار الفسخ ورد المبيع يرجع بالثمن، وإن كان قد حط عنه: رد المحتار «ج٤ ص ٨١».

⁽٢) والرضا إما صريح، كقول المتملك: رضيت بالعيب أو أجزت العقد أو أوجبته، وإما دلالة ويكون بكل تصرف في محل العبقد بعد العلم بالعيب، لأن التصرف فيه مع العلم بالعيب دليل الرضا. ومثال ذلك: أن يزيد المتملك في المحل زيادة صنصلة، كأن يكون أرضا فيبنى عليها أو ثوبا فيصبغه، أو يغيبره بما يخرجه عن حالته، كأن يكون حنطة فيطحنها أو لحما فيشويه، أو يخرجه عن ملكه ببيع ، أو بهبة،أو ينتفع به كأن يكون ابه فيركبها لحاجته أو دارا فيسكنها على أحد القولين أو يعمرها، أو ثوبا فيلسه. فكل ذلك عد رضا يسقط به الرد بخيار العيب.

- (٣) هلاك محل العقد في يد المتملك، إذ لا محل للرد حينئذ (١).
- (٤) تعيب محل العقد في يد المتملك (٢) إذ ليس من المقبول أن يخرج المبيع مشلا عن ملك البائع وليس فيه إلا عيب واحد ثم يعود إليه بعيبين (٢) فيمتنع الفسخ مراعاة لحق البائع (٤). ولذا لايمتنع عندما يرضى به البائع فيفسخ العقد ويرد الثمن.
- (٥) زيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة غير متولدة أو منفصلة متولدة. أما المتصلة المتولدة والمنفصلة غير المتولدة (٥) فلا تمنعان الرد.

(٣) إذا كان المبيع مما يؤكل باطنه لاظاهره كان الاطلاع على عييه الباطن متوقفا على كسره كالبطيخ والبيض والجوز والبندق وكل ما كان ماكوله في جوفه، فإذا كسر المشترى بعض آحاده لتسعرفه ولم يزد على مايتضى العرف بكسره لتعرف عيبه كان ذلك مأذونا فيه، عند الشافعي من البائع عرفا، وكان له أن يرده على البائع إذا وجد فاصده أكثر مما يقضى العرف بوجوده، وفي هذه الحال يرده كله على البائع بلا أرش ولا يعد كسر بعض عيسا بمنع الرد. وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل في هذه الحال لأن الفاصد منه ليس بمال، وجعله مسيعا واحدا مبطل للبيع. وذهب الصاحبان إلى أن البيع يصح في الصحيح وحده بحصته من الثمن ويبطل في الفاصد، وذلك لإمكان قسمة الثمن على الأحاد لتماثلها فيرجع على البائع بحصة الفاصد من الثمن، وإلى هذا ذهب أحصد . وروى عن الشافعي أن المشترى يرد الجميع على البائع مع أرش المكسور وهو الفرق بين فيمته صحيحا وقيمته مكورا معيبا مراعاة للطرفين، وروى عنه أيضا أن كسر بعضه عبب يمنع رد الجميع. وله أن يرجع على البائع بأرش الفاسد. وأما إذا كان الفاسد قليلا ولايعده العرف عيبا فلا يرجع على البائع بشيء أرش الفاسد. وأما إذا كان الفاسد قليلا ولايعده العرف عيبا فلا يرجع على البائع بشيء أن يرجع على البائع بأرش الفاسد. وأما إذا كان الفاسد قليلا ولايعده العرف عيبا فلا يرجع على البائع بشيء لأنه يع ماليس بمال. واجع الزيلعي وكشاف القناع ونهاية المحتاج.

(٤) سواه أكان هذا التعيب بفعل المحل نفسه، كأن يكون حيوانا فيعيب نفسه أم بفعل المشترى أم بآفة سماوية، وكذلك الحكم إذا كان بفعل أجنبى أو بفعل المملك، لأن ذلك يستوجب الضمان، وأداه الأرش، والأرش فى حكم الزيادة المنصلة المتولدة، وهى تمتع الرد كما سيأتى. أما تعيبه فى يد المملك فلا يمنع الرد، بل يستوجب ثبوت الحيار إن لم يكن ثابتا من قبل، غير أن التعيب إذا كان فى هدنه الحال بفعل المشترى «المستملك» فإن المشترى يعتبر به قابضا ويكون له حكم التعيب عنده.

(٥) زيادة المحل في يد المتملك إذا كمانت متصلة متولدة كالسمن والجمال لم تمنع الرد بخيمار العيب عند =

⁽١) أما هلاكه في يد المملك فهو قبل القبض، والهلاك قبل القبض مبطل للعقد.

⁽۲) وذهب أحصد إلى أن حدوث العيب عند المُسْترى إنما يمنع الرد بالعيب الحادث عند البائع إذا لم يدلس البائع، أما إذا دلس البائع العيب فكتمه عن المُسْترى ثم حدث بالمبيع عيب آخر عنده لم يكن هذا العيب مانعا من الرد، فيرد ويسترد الثمن كله، ولايستخق البائع قبله تعويضا عن العيب الحادث عند، وكذلك الحكم إذا ما تلف المبيع عند المُسْترى بعد تدليس البائع، فيرجع على البائع بكل الثمن، سواء أتلف بفعل الله كالمرض أو بفعل أجنبى كأن يجنى عليه شخص، أما إذا تلف بفعل المشترى، فإن كان فعلا ماذونا فيه شرعا فكذلك الحكم، وإلا لم يذهب فعله هدرا، كما إذا حمل الدابة ما لاتطبق فهلكت بسبب ذلك، وإذا ذبحها فأكلها لم يعد ذلك تلقا بل انتفاعا، ولذا يظهر لى أنه يرجع بالتعويض فقط لا بالثمن.

(٦) تصرف المتملك في المحل تصرفا يخرجه عن ملكه وهو غير عالم بعيبه. وذلك ببيعه أو بهبته مع التسليم أو بوقفه أو بغير ذلك وكل هذا يمنع الفسخ ورد المبيع، محافظة على حقوق غيره، ولكن إذا رد إليه بعد ذلك عاد إليه حق الفسخ الفسخ إذا ما كان الرد بسبب فسخ العقد من أصله، وذلك كأن يرد إليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب قبل القبض، لأن التصرف أصبح بذلك كأن لم يكن (١). وإن عاد إليه بما يعد سببا جديدا كأن اشتراه أو رد إليه بعيب القبض بتراض لم يكن له حق الفسخ في هذه الحال.

الرجوع بنقصان العيب عند امتناع الرد: وإذا امتنع فسنح العقد ورد المحل بسبب من هذه الأسباب نظرنا، فإن توافرت الشروط الآتية كان له حينئذ حق الرجوع على المملك بنقصان العيب وعليه إمساك المحل، وإن لم تتوافر لزمه إمساك المحل ولم يكن له مع ذلك حق الرجوع على مملكه بالنقص.

شروط جواز الرجوع بالنقص: لا يجوز للمتملك عند إمساكه المحل أن يرجع على المملك بنقص العيب إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

[&]quot; محمد وهو ظاهر الرواية، وهو الصحيح كما في فتاوى قاضيخان، وذهب الشيخان إلى أن للمسترى المنتلك، الحق في إمساك المبيع عند حدوثها والرجوع على البائع بنقصان العيب إن أواد، وإذا أواد فسخ العقد ورد المبيع كما في البدائع. وإذا كانت متصلة غير متولدة كالصبغ يحدثه المتملك منعت الرد بالاتفاق لما يترب على ردها مع المحل مجانا من شبهة الربا، وفي البدائع: إذا اتفق العاقدان على الرد، كان ذلك بيما جديدا محله المبيع في العقد الأول مع زيادته، وليس في ذلك حسرج. وإذا كانت منفصلة متولدة ومثله الأرش منعت اتفاقا، لما في ردها مع المحل من شبية الربا أيضا. لانها زيادة مال غير محلوك للبائع، ولم يكن في ضمانه، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب لم تمنع اتفاقا، وطابت للمشترى عند الرد، لانها نما كان في ضمانه وملكه. أما الزيادة في يد المملك، فسواه اكانت متولدة، فإذا كانت متولدة، فإذا أمضى العقد مضى فيها، وإن ضمانه وينا إيضا، أما إذا كانت غير متولدة، وقد أحدثها البائع فلا تمنعي لا المقد مضى فيها، وإن أحدثها المشترى اعتبر قابضا، وكان لها حكم الزيادة في يده إذا أحدثها هو، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والأجرة لم تمنع كذلك، غير أنها لاتطب لأحد المتعاقدين. لأنها نما غير محلوك إذا ما أخذها البائع أو مال لم يدخل في الضمان إذا ما أخذها المشترى. راجع الفتاوى الهندية وج ٣ص٧٧٥ والبدائع وما مع ١٨٠٥ وما بعدها، والزيلعي هج٤ ص٣٥٥ وفيها زيادات تتعلق بأحكام الزيادة عند تعيبها أو هلاكها.

⁽۱) لايريد الفتها، بذلك أن العقد عند فسخه يعتسبر كأنه لم يكن بالنسبة لما ترتب عليه من الأثار فعلا قبل فسخه، وإنما يريدون أنه لايترتب عليه بعد فسخه أثر وإنما أثروا هذا التعبير مع أن الظاهر مع هذا المراد أن يشال: إنه فسخ من وقت الفسخ لينوا على ذلك أن الآثار التي كانت للمسملك قبل العسقد تبسقي له، ولا يطفها، مالك جديد؛ لان سبب هذا الملك يعتبر بالنسبة إليه كأن لم يكن، وكأنه فسخ من أصله.

(۱) أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل المتملك، سواء أكان هذا السبب المانع قد منع لحق الممنث أم لحق السبب المانع قد منع لحق الممنث أم لحق الرجوع بالنقص عند تحقق مانع من الموانع الآتية:

أولاً ـ (١) عند هلاك المحل. (٢) أو عند تعيبه. (٣) أو عند تغييره تغييرا يخرجه عن حالته ويجعله شيئا آخر. كأن يكون حبوبا فتطحن أو لحما فيشوى بشرط ألا يحدث هذا من المتملك عالما بالعيب وإلا عد به راضيا عنه. (٤) أو عند أكله إذا كان طعاما مع مراعاة ماسبق.

لأن الامتناع في جميع هذه الأحوال لحق المملك، إذ لو أجيز الفسخ لأصابه الضرر في ماله كما هو ظاهر، ولذا لو تراضيا على الفسخ عند التعيب جاز ذلك.

ثانيا ... عند زيادته في يد المتملك زيادة منفصلة متولدة، أو متصلة غير متولدة، لأن الامتناع لحق الشارع، ألا ترى أن العاقدين لو تراضيا على الفسخ مع وجود الزيادة، وعلى ردها مع أصلها لم يجز لما في ذلك من شبهة الربا.

ولايكون للمتملك حق الرجوع بالنقصان عند تصرف في المحل بما خرجه عن ملكه، ولا عند رضاه بالعيب، لأن المنع حين من جهة المتملك، ألا ترى أن المملك يستطيع أن يقول: لولا تصرفه ولولا رضاه لقبلت المبيع ورددت كل الثمن، وليس من المقبول أن يخرج المبيع من ملكه ببدل لايرضاه.

(٢) عدم رضا المتملك بالعيب صريحا أو دلالة، سواء أكان بعد تحقق المانع أم قبله؛ لأن رضاه بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب، إذ يتبين منه أن السلامة من هذا العيب لم تكن مطلوبة . فلا يكون له حينئذ حق الرجوع بنقصان العيب. وعلى ذلك يلزم بإمساك المحل(٢).

⁽۱) إذا منع من الرد مانع ليس من قبل المتملك كان له حق الرجوع بالنقصان، لأن في إلزامه بالمحل ما ظهر فيه من عيب عظير ما دفع من الثمن الزاما له بما لم يرضه، وهذا لايجوز، وفي فسخ العقد ورد المحل إضرار بالمملك أو إقرار لشبهة الرباء فلا يجوز كذلك، وحيشة لم يبق إلا أن يثبت للمتملك حن الرجوع بالنقص فيرتفع بذلك الضرر عنه، وليس فيه كبير ضور بالمملك، لأنه إنما أخرجه من ملكه نظير هذا البدل على أنه سليم، فكان ذلك منه رضا بنقص الثمن إذا ظهر معيا.

⁽٢) وعلى هذا إذا زاد البيع زيادة مانعة من الرء ثم قبال المشترى: رضيت بالعبيب، أو تبازل عن حق الرجوع=

(٣) ألا يعوض المتملك عن المحل عنــد فواته وامتناع الرد، وإلى هذا ذهب الإمام وهو ظاهر الرواية (١).

كيف يقدر نقصان العيب: وكيفية تقدير النقصان، أن يقوم المبيع سليما من العيب وقت العقد، ثم يقوم معيبا وقت، ثم ينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن ويأخذ المسترى مقدار النقص، فإذا اشترى شخص سيارة فوجدها معيبة بعد أن امتنع ردها، قومت سليمة وقت العقد، ولتكن قيمتها ١٠٠٠ جنيه ثم قومت كذلك معيبة، ولتكن قيمتها ٨٠٠ جنيه هو خمس الألف، فإذا كان قد اشتراها بخمسمائة جنيه رجع بخمسها وهو ١٠٠ جنيه.

توقيته وانتهاؤه: إذا وجد المشترى بالمبيع العيب كان له كما قدمنا حق رده وفسخ العقد أو الرضا به بثمنه المحدد في العقد وإمضاء العقد لازما. ويستمر ذلك حقا له (۲) إلى أن يصدر منه مايدل على فسخه للعقد، فينفسخ كما قدمنا، أو على رضاه بالمبيع فيصير العقد لازما، أو يحدث ما يحول دون الفسخ، وفي هذه الحال قد يلزمه المبيع بثمنه المتفق عليه في العقد، وقد يكون له حق الرجوع بنقصان

[&]quot; بالنقصان لم يكن له بعد ذلك أن يرجع على البائع بنقصان العيب، ومثل ذلك كمل تصوف من المشترى يدل على الرضا إذا حدث بعد العلم بالعيب وكان المانع من جهة البائع، سواء أخرج المحل عن ملك المشترى بسبب ذلك أم لم يخرج، لأنه دليل الرضا، فإن حدث قبل العلم به ثم علم بعد ذلك نظر: فإن كان التصوف قد أخرج الممبع من ملك مشتريه منع الرجوع بالنقص إذ يستطيع البائع أن يقول: لولا تصوفه لقبلت الميع معيبا ورددت كل الثمن. وإذن فسلا يكون له حق الرجوع بالنقص. وإن كان لم يخرج المبيع من ملكه لم يمنع الرجوع بالنقص لأنه لايدل على الرضا به لحدوثه قبل العلم يالعيب، وأسا إذا كان المنع من الرد لحق الشرع فإن تصرفه حينان في المحل لايدل على الرضا به وإن كمان بعد علمه بالعيب، إذ لايعمد دليلا على إرادته إمساكه لان رده على بائعه عنوع على أية حال فهو له، تصرف أم لم يتصرف. ولهذا لايكون تصرفه دليلا على الرضا ويكون له حق الرجوع بالنقص، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لم يخرجه، وذلك كما في حال الدادة

⁽۱) وعلى ذلك إذا تعدى على المبيع أجنى فأتلفه فضمن وقد كان معيبا لم يكن لمشتريه حق الرجوع على بائعه بتقصان العيب، لأن ذلك في معنى تصرفه فيه بإخراجه عن ملكه، وذلك مانع من الرجوع بالنقصان وذهب الصاحبان إلى أن له حق الرجوع لأن الامستناع عن الرد ليس من قبله في الواقع، والعوض لم يجبر النقصان لانه عبارة عن قيمة المبيع مبيعا، والضمان ضروري للإتلاف، فكان لابد من الرجوع بالنقصان محافظة على ماله وهذا أوجه، واجم البدائع هج٥ ص٢٩١٥.

 ⁽۲) ويرى الشافعى أن رد المبيع المب يجب أن يكون على الفور، والمراد بذلك الفورية المعتادة حتى لاينال
 البائع ضرر من التأخير، فإذا أخر المشترى الرد بلا عذر سقط حقه فيه ولا أرش له . نهاية .

العيب، وقد بينا ذلك بما فيه الكفاية لمثل دراستنا (۱). غير أن الرضا بالمبيع قد يكون صريحا كأن يقول المشترى: أمضيت العقد، أو رضيت بالعيب أو رضيت بالمبيع ونحو ذلك، وقد يكون ضمنيا كأن يتصرف المشترى فى المبيع بعد علمه بالعيب. تصرفا يدل على رضاه به. مثل البناء فى الأرض والصباغة للثوب، والتصرف فى المبيع ببيعه لغيره أو هبته له أو إجارته أو رهنه أو الانتفاع به أو نحو ذلك.

وراثته: إذا توفى من له الخيار بالعيب قبل أن يختار، كان لوارثه حق الخيار، وذلك لأن المشترى قد استحق بالعقد على البائع مبيعا سليما من العيوب، ووارثه يقوم مقامه فى جميع ما يستحقه من حقوق مالية، فينتقل إليه هذا الاستحقاق، وبسببه يثبت له الخيار فى المبيع المعيب، فإن شاء رده وإن شاء ارتضاه، ذلك لأن المبيع المعيب أقل مما يستحقه بالميراث عن مورثه، فإن شاء اكتفى به، وإن شاء لم يرض، وطالب بكل مايستحق، وبهذا يتبين أن هذا الخيار يثبت للوارث ابتداء، لا بحكم الوراثة عند الحنفية، وذهب مالك وأحمد والشافعى إلى أنه يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالى، ولايترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية فلا داعى إلى التطويل فيه.

⁽۱) علمت أن أحمد يخير بين الفسخ وبين الإمساك مع التعويض، فإذا صدر منه بعمد العلم بالعبب من التصرفات مايدل على رضاء بالعيب، فهل يعتبر ذلك منه اختيارا للإمساك مع طلب التعويض أو رضا بالمبيع على عيب بالثمن المتفق عليه؟ تمولان عند أحمد. قال الموفق!إن له الأرش بكل حسال، وصوبه في الإنصاف، وضعف التول بأن ذلك يعتبر رضا بالمبيع بثمنه . كشاف هج ٢ ص١٦٥.

خلاصة الباب

خيار العيب: هو مايكون للمتملك من حق فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك. وذلك بحكم الشارع. فلا يحتاج في ثبوته له إلى اشتراط ذلك في العقد.

وسببه ظهور عيب في محل العقد إذا توافرت الشروط الآتية:

- (۱) أن يترتب على هذا العيب نقص فى ثمنه عند التجار ولو يسيرا بحيث لو عرفه المتملك ما أقدم على شرائه بهذا الشمن. وعند أحمد أن يعده العرف عيبا فى المحل، فلا يرد منزل لظهور أنه ينقصه رتاج لأحد أبوابه.
 - (٢) أن يحدث هذا العيب عند الملك قبل التسليم إلى المتملك.
- (٣) ألا يعلم به حين العقد، وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل فسخ العقد.
- (٤) ألا يكون المملك قد شرط على المتملك البراءة من العيوب، وألا يكون المتملك قد تملكه على ألا يكون له خيار العيب.

ويثبت خيار العيب فيما يثبت فيه خيار الرؤية، كما يثبت في المهر، ولكن بأثر خاص يعرف في كتاب النكاح.

ويترتب على ثبوت الخيار أن العقد يصير غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، إذ يكون له بسببه أن يمضى العقد راضيا بالثمن كله، أو يرد المحل ويسترد الثمن، مالم يمنع من ذلك مانع. وإذا اختيار الفسخ قبل التسلم لم يحتج في ذلك إلى قضاء من القاضى أو رضا من العاقد الآخر غير أنه يشترط في نفاذ فسخه أن يعلم العاقد به حيننذ، وإن فسخه بعد التسلم احتيج إلى التراضى أو إلى القضاء بذلك.

وهو قبل القبض فسخ بالنسبة للعاقدين ولغيرهما فيما عدا العقار، وبعد القبض كذلك إذا كان بالقضاء، فإن كان بالتراضى اعتبر بيعا جديدا في حق غيرهما كالشفيع.

وليس للمشترى أن يمسك المبيع، ويطالب بنقص العيب إذا ما جاز له رده إلا إذا تراضى مع بائعه على ذلك، وعند ذلك يكون نقص الثمن للعيب حطا به.

موانع الرد بخيار العيب: يمنعه ما يأتي:

- (١) رضا المتملك بالعيب بعد علمه به.
- (٢) إسقاطه لحقه في الخيار بالعيب، سواء أكان ذلك صريحا كاسقطت حتى في الخيار أم دلالة كإبرائه المملك من العيب.
 - (٢) ملاك محل العقد في يد المتملك.
- (٤) تعيب المحل في يده إلا إذا رضى البائع بالرد مع العيب الجديد الحادث عند المتملك.
- (٥) زيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة، غير متولدة، أو زيادة منفصلة متولدة.
- (٦) تصرف المتملك في المحل تصرف يخرجه من ملكه، وهو غير عالم بعيبه، وإلا كان ذلك رضا بالعيب، وقد تقدم.
- وإذا استنع الرد بالعيب كان له حق الرجوع بنقصان العيب إذا توافرت الشروط الآتية، ويلزمه حينه إمساكه، فإن لم تتوافر لزمه إمساكه بجميع الثمن، وهذه الشروط:
- ١ ـ أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل المتملك، فإن كان من قبله،
 كتصرفه فيه لم يكن له حق الرجوع بالنقصان.
- ٢ عدم رضا المتملك بالعيب بعد تحقق المانع، لأن رضاه به كما يمنع النسخ
 قبل المانع يمنع الرجوع بالنقصان بعد ثبوت المانع.
 - ٣ ـ ألا يعوُّض المتملك عن المحل عند امتناع الرد بسبب استهلاك المحل.

ويقدر النقصان بتقويم المبيع سليما عند العقد، ومعيبا عنده، وينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، وبقدر هذه النسبة ينقص الشمن. وإذا ثبت الخيار بظهور العيب استمر حقا للمتملك إلى أن يصدر منه مايدل على فسخه لعقد أو على رضاه بالمبيع أو يحدث مايحول دون الفسخ من الأسباب، وإذا توفى من له الخيار، وهو على خياره كان للوارث هذا الخيار أيضا.

اقسام العقود بالنظر إلى آثارها على وجه الإجمآل:

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التى تقصد منها إلى مجموعات، ينتظم كل مجموعة منها غرض خاص، ويكون لها به وحدة معينة، ولذلك قد قيد العقد في أكثر من مجموعة إذا تعدد الغرض منه وهاك بيانها (١):

١ ـ التمليكات وهي تنتظم المعاوضات والتبرعات:

(i) فالمعاوضات تشمل البيع بجميع أنواعه من قرض وصرف وسلم وغيرها والقسم في والصلح والاستصناع، والإجارة والمزارعة والمساقاة والزواج والخلع والمضاربة والجعالة؛ لما في جميع هذه العقود من معنى المعاوضة والمبادلة.

(ب) والتبرعات تشمل الهبة والصدقة والوصية والإعارة والقرض والكفالة والحوالة والمحاباة في عقود المعاوضات والوقف والإبراء؛ لما في جميع هذه العقود من معنى التبرع.

لا الإستاطات، وهى إما أن تكون نظير بدل، كالخلع والعفو عن القصاص نظير مال والصلح في الدين، وإما أن تكون بلا بدل، كالإبراء والطلاق والإعتاق وتسليم الشفعة والعفو عن القيصاص بالمجان؛ لما في جميع ذلك من معنى التنازل والإسقاط.

٣ ـ الإطلاقات، وتشمل الوكالة والإذن بالتجارة للصبى ونحوه، والبضاعة
 لما فيها من إطلاق اليد في المال بعد المنع.

٤ ــ التقييــدات، وتشمل عزل الوسيل والحجر على الم ':ون بالتجارة، وعزل ناظر الوقف والوصى، لما فيها من 'لمنع بعد الإطلاق.

٥ ـ الشركات، وتشمل الشركة بجميع أنواعها، والمضاربة والمزارعة والمساقاة
 لما فيها من الشركة في النماء.

٦ ـ التأمينات أو عـقود التوثيق، وتشمل الكفالة والحوالة والرحمن، لما فيها من ضمان الوفاء.

وبهذا ينتهى كــــلامنا على العقد في إجمال، وننتقل إلى شــرح بعض العقود المالية بإيجاز (٢).

⁽١) راجع عوارض الأهلية لأستاذنا المرحوم أحمد بك إبراهيم.

⁽٢) وهي العقود التي رؤى دراستها لطلبة السنة الأولى من قسم الليسانس بالحقوق، ولسنا نريد من ذلك أن ندرسها دراسة تفصيلية وإنما نريد أن تكون دراستنا لها إجمالية نعنى فيها بالإشارة إلى أسسها وقواعدها العامة التي جعلت أساسا للتطيق والتفريع

باب البيع

البيع مبادلة مال بمال الحبيع دار بألفى جنيه والاتكون هذه المبادلة إلا بما يدل عليها من قول أو فعل، سواء أكان ذلك الفعل كتابة أم إشارة أم تعاطيا اكما قدمنا وذلك مايسمى بالصيغة أو بالعقد، والابد له من طرفين: هما المعاقدان، ومن بدلين: هما المبيع والثمن، وإذن فالكلام على البيع يكون ببيان الأحكام التى تتعلق بالصيغة والعاقدين والمبيع والثمن ومايترتب عليه من الآثار.

صيغته ــ الإيجاب والقبول ــ أركانه :

صيغة عقد البيع: مايصدر من عاقديه دالا على إنشاء المبادلة من قول أو فعل، وإن شئت قبلت: مجموع الإيجاب والقبول المنشئين للمبادلة، وهما ركنا عقد البيع، وقد يكون كل منهما لفظا أو كتابة أو إشارة أو إعطاء وأخذا، وقد يكون أحدهما لفظا والآخر فعلا، وعلى أية حال فالصادر ابتداء هو الإيجاب والصادر بعده هو القبول، ولا تنشأ بهما المبادلة إلا إذا كانا مرتبطين. ولايتم الارتباط بينهما إلا بشرطين:

تثمروط الصيغة: الأول - موافقة القبول للإيجاب ولو على سبيل التضمن (١)، فلا يتم الارتباط بقبول جميع المبيع ببعض الثمن، ولابقبول بعض المبيع ببعض الثمن، فإذا باع شخص لآخر كتابين بعشرة قروش فقال: قبلتهما بخمسة قروش، أو قبلت أحدهما بخمسة قروش لم يتم بذلك ارتباط، وأما إذا قال: قبلتهما بعشرة قروش فيتم الارتباط، لوجود الموافقة الصريحة.

وكذلك إذا قال: قبلتهما بخمسة عشر قرشا لوجود الموافقة الضمنية، ولا تلزم الحمسة الزائدة إلا بقبولها من البائع في المجلس (٢).

⁽۱) وبما ينبنى على ذلك: ما إذا وجه بالإيجاب من شخص واحد أو أكثر، وهم شركاه إلى شخص واحد أو أكثر، وهم شركاه إلى شخص واحد أو اكثر بسيع عين بثمن معين بعبارة واحدة، مثل بعت أو بعنا هذه الدار لك أو لكم بالفى جنيه، أو اشتريت أو اشترينا هذه السيارة منك أو منكم بالف جنيه، فإنه لا يتم الارتباط إلا بقبول الإيجاب عمن وجه إليه على الوجه الذى صدر به، حتى إذا قبله بعض من وجه إليه وحده، أو قبل بعضه كل من وجه إليهما وبعضهم لايتم بذلك الارتباط. راجع فتح القدير قبح هم هم والهندية قبح عص ٥١٤.

⁽۲) رد المحتار (ج٤ ص١١» وإذا قبل بعض الجيع بجمعيع الثمن، كما إذا باعه كتابين بعشرة قسروش قبل أحدهما بعينه بعشرة، قال في مسجمع الأنهر (ج٢ ص١٥ ليس ذلك للمشترى لائم تفريق للصفقة. أقول : إن تفريق الصفقة عنوع إذا ترتب عليه ضرر، ولايضر تفريق الصفقة هنا إلا إذا كان في ركته بعض الجيع بالمجان لبائمه ضرر عليه، فلينظر.

الثانى ـ ألا يفصل بينهما فاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب أو مبطلا له كقيام أحدهما من المجلس، أو شروعه في عمل آخـر لايتصل بالعقد، وكصدور إيجاب بالبيع ببدل آخر، وكموت الموجب قبل القبول. إذ موته يبطل إيجابه (١).

إذا كان العقد بالمراسلة كان مجلس العقد مجلس وصول الرسالة اكتابية أو شفوية، ويتم الارتباط حينئذ بالقبول في هذا المجلس ـ وإن لم يعلم به الموجب - بشرط ألا يكون الموجب قد رجع عن إيجابه قبل حصول القبول.

صفة الصيغة: وقد علمت أن الصيغة قد تصدر مطلقة غير مقترنة بشرط، وقد تقترن به، وعلى كل فقد تكون منجزة، وقد تكون مضافة، وقد تكون معلقة. وقد علمت أن عقد البيع لايصح مع إضافته، ولا مع تعليقه، بل يكون عقدا فاسدا، وأنه إذا اقترن بشرط صحيح صح ولزم الشرط، وإذا اقترن بشرط فاسد فسد به، وإذا اقترن بشرط باطل صح وبطل الشرط، ومن الشروط الفاسدة: توقيت الصيغة، واشتمالها على تأجيل الثمن إلى وقت مجهول، فإذا بعت كتابك لشخص لمدة سنة كان العقد فاسدا، وكذا إذا بعته بشمن مؤجل إلي وقت الميسرة، وكذلك عرفت أنها تقترن بشرط الخيار، وعرفت آثار ذلك فيها، وأن العقد حيندذ لايكون لازما بالنسبة لمن اشترط له الخيار. وقد سبق شرح كل

العاقدان

هما البائع والمسترى. وقد علمت مما مضى أنهما إذا فقدا الأهلية لم يكن لهما عبارة معتبرة كالمجنون، وإذا كانت أهليتهما قاصرة، كالصبى الميز، أو حجر عليه ما للسفه أو للغفلة كان بيعهما صحيحا متوقفا على إجازة من له الولاية عليهما، لأن البيع مما يتردد بين النفع والضرر، وإذا كانا هازلين أو مكرهين كان بيعهما فاسدا، وإذا لم يكن لاحدهما ولاية وهو كامل الأهلية كان عقده صحيحا متوقفا على إجازة ذى الشأن.

وكذلك علمت أن عقد البيع لاينشئه عاقد واحد بعبارة صادرة منه وإن تعددت ولايت، لما بيناه فيما سبق، وأنه قد استثنى من ذلك الأب إذا باع ماله لولده الصغير، أو اشترى لنفسه مال ولده الصغير، إلى آخر مابيناه.

⁽۱) درر المتنى اج۲ ص۱۳.

الهبيع

المبيع مايتملكه المشترى بعقد البيع من البدلين، فإذا اشتريت دارا بألف جنيه كانت الدار مبيعا (١). وقد يكون عينا مفرزة. وقد يكون جزءا شائعا من عين مفرزة. وفي هذه الحال يصح أن يباع للشريك في هذه العين وأن يباع لغيره.

شروطه: ويشترط في المبيع ما يأتي:

أولا _ يشترط لانعقاد البيع فيه شرطان . أحدهما أن يكون موجودا، وثانيهما: أن يكون مالا متقوما، وهذان شرطان لانعقاد العقد فيه، فلا ينعقد بيع ثمرة لم تبرز أصلا، ولا بيع الحر، ولابيع حق التعلى عند انعدام البناء، ولا بيع الماس مع الإشارة إلى الزجاج، لانعدام المبيع في كل هذه الصور. وكذلك لاينعقد بيع المال المباح ولا بيع الخمر والخنزير والميتة حتف أنفها، لأن البيع ليس مالا متقوما (1).

⁽١) كيف يتميز المبيع في الثمن؟

إذا كان أحد البدلين في البيع نقدا والآخر غير نقد، فالنقد هو الشمن والآخر هو المبيع حتما، كما في بيع كتاب بعشسرة قروش. ، فالكتاب هو المبيع، وإن كانا نقدين كـان كل منهما ثمنا فيه معنى المبسيع، وكان العقد صرفا، وذلك كما في مبادلة جنيه مصرى ذهب بعشر قطع من الفضة كل قطعة تساوى عشرة قروش. وإن لم يكن أحدهما نقدا وكان أحدهما مثليا والآخر قيميا، فالمثلى هو الثمن إذا كان عينا معينة، والقيمي هو المبيع. ومثال ذلك : أن تبيع دارا بهذه الصبرة من القمع، أو تبيع هذه الصبرة من القمع بهذه الدار، فصبرة القمع هي الثمن في الحالتين والدار هي المبيع، أما إذا كان المثلي غير معين كعشرة أرادب من القمع فالثمن مادخلت عليه الباء والآخر هو المبيع، فإذا قلت: بعثك هذه الدار بالف أردب من القمح كان التمح ثمنا والدار مبيعة. وإذا قلت: بعتك ألف أردب من القمح بهذه الدار كان القمح مبيعا والدار ثمنا، وكان العقد سلما، وإن كانا قيمين كان كل منهما مبيعا فيه معنى الشمن، وسمى العقد حينئذ مقايضة، مثل بعتك أرضى بجهة كذا بدارك ببلدة كذا. فكل من الأرض والدار مبيع فيه معنى الثمن، وإن كانا مثليين ليــــا من النقد فكذلك الحكم إذا كانا معينين أو غير معينين. مثال ذلك : بعتك هذه الألف من البيض بهـذا المقدار من القمح، أو بعتك ألف بيضة باردب من القمح، فكل من القمح والبيض مبيع فيه معنى الثمن، ويرى الكمال بن الهمام أنه عند تعيين كل منهمما يكون الثمن مادخل علميه حرف الباء أو حـرف على، وعلى ذلك إذا قال: بعـتك هذا المقدار من القمح، بهـذه الألف من البيض يكون البيض ثمنا والقمح مبيـعا، وإن كان أحد البـدلين معينا والآخر غـبر المعين. فإذا قال: بعتك أردبا من القمح بهذه الألف من البيض كان القمح ثمنا والبيض مبيعا إلا إذا كان العقد سلما، فعند ذلك يكون المعين هو الثمن. راجع جـامع الفصولين ﴿ج١ ص١٦٤، ورد المحتار ﴿ج٢٥، ٢٧١، ونتع القدير (ج٥ ص٨٦) والفتاري الهندية (ج٣ ص١١٠).

⁽٢) راجع باب البيع الفاسد في كتاب البيع من الهداية وغيرها.

وأما إذا ظهر بعض الثمر ولم يظهر معه البعض الآخر، وكان هذا الثمر مما تتلاحق أفراده فى الظهور، فإنه يصح بيع الجميع، ويكون ما لم يظهر منه، لأن العرف جرى بذلك، وقيل: لايجوز بيعه إلا إذا ظهر كله، وهو ظاهر المذهب، ورجح صاحب الفتح الأول اتباعا للعرف(١).

ثانيا ـ يشترط لصحته فيه ثلاثة شروط:

(١) أن يكون مقدور التسليم.

(٢) أن يكون معلوما، وعلمه يكون بالإشارة إليه إذا كان في مجلس العاقدين أو قريبا تمكن الإشارة إليه، وببيان صفاته التي تميزه من غيره إن لم تمكن الإشارة إليه، ويكفى عن هذا كله أن يكون معلوما للمشترى قبل العقد.

والجهالة المفسدة هى الجهالة الفاحشة التى نفذى إلى نزاع كما فى بيع شاة من قطيع، أما الجهالة اليسيرة فلا تفسد لأنها ترتفع عند الرؤية ولا تفضى إلى النزاع لتبوت خيار الرؤية عند عدم الرضا، وذلك كما إذا باعه ما فى داره من الحبوب أو ما فى سفطه هذه من التفاح فإن البيع فى هذه الحال صحيح، وللمشترى خيار الرؤية.

(٣) أن تكون معاوضته بغيره مفيدة.

وعلى ذلك فلا يصح بيع طير فى الهواء بعد انفلاته وطيرانه إذا لم يكن من عادته الرجوع، لعدم القدرة على تسليمه، ولا بيع شاة من هذا القطيع لجمهالتها، ولابيع كتاب بآخر مثله فى كل شىء لعدم الفائدة، والعقد فى هذه الصورة فاسد لتعلق هذه الشروط بصحة العقد دون انعقاده.

ثالثا _ يشترط لنفاذه فيه:

ألا يتعلق به حق لغير عاقديه، فإن تعلق به حق لغيرهما كما لو كان رهنا أو عينا مستأجرة، كان العقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر، أو سفوط حقهما، فإذا أجازه صاحب الحق منهما نفذ، وكذلك إذا سقط حقه، بأن الستوفى المرتهن دينه أو برئ المدين منه، أو مضت مدة الإجارة أو انفسسخت

⁽١) راجع البداية والنتح فع٦ ص٤ ١١ ومابعدها

(بالنسبة للمستأجر) . فإن لم يوجد شيء من ذلك لم يكن للمرتهن ولا للمستأجر ولا للبائع راهنا أو مؤجرا فسخه، وإنما يجوز للمشترى في هذه الحال عند الطرفين أن يفسخه، سواء أأقدم على الشراء وهو عالم بالرهن والإجارة أم أقدم عليه وهو غير عالم بهما. وقال أبو يوسف: إن أقدم وهو عالم لم يكن له حق الفسخ، ووجب أن ينتظر حتى تنتهى مدة الإجارة أو يقضى الدين، وإلا كان له الحق في أن يفسخ، ومن هذا يتبين أن هذا الشرط يتعلق بنفاذ العقد (١).

خيار التعيين: ذكرنا أنه يشترط في المبيع أن يكون معلوما، وأن بيع المجهول جهالة تفضى إلى نزاع فاسد، كأن يبيع إنسان شاة غير معينة من قطيعه، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل والشافعي وزفر، قل القطيع أو كثر، لأنه بيع يؤدي إلى الغرر.

وذهب الحنفية إلى أن بيع واحد من اثنين أو ثلاثة صحيح استحسانا، لمساس الحاجة إليه وجريان العرف به، دون أن يؤدى إلى منازعة، فإن من الناس من لا يغشى الأسواق ويحتاج إلى أن تنقل السلع ليختار منها مايرغب فيه، وقد لا يرضى البائع بذلك إلا إذا وثق من بيع سلعة من سلعه، فجاز لذلك أن يكون المبيع سلعة من سلع تنقل إلى المشترى أو إلى من يرى المشترى أخذ رأيه لكى يختار من بينها، وفي الثلاثة سداد لتلك الحاجة، إذ يمكن فيها الجيد والوسط والردى على فوجب عدم تجاوزها، وجاز لذلك أن يشترى الإنسان واحدا من اثنين أو ثلاثة، على أن يكون له الحق في تعيينه، واغتفر مافي هذا من جهالة لأنها لاتؤدى إلى منازعة، وهذا مايسمى بخيار التعيين، ومن ذلك يتبين أنه لايثبت إلا بالشرط.

شروطه: إذ اقترن عقد البيع بهذا الخيسار لم يكن صحيحًا إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الأول_ أن يكون المبيع واحدا من ثلاثة أو اثنين، كأن يشترى شخص ثوبا من هذه الأثواب الثلاثة على أن يكون له اختيار أحدها. فإذا اشترى ثوبا من أربعة على أن يكون له اختيار أحدها، كان العقد فاسدا للجهالة.

النَّاني ؛ أن تتفاوت هذه الأعيان الثلاثة التبي سيكون منها الاختسار في

⁽١) فتح القدير (ج٥ ص١٨٥، والهندية (ج٣ ص١١٠.

أوصافها وأن يبين ثمن كل عين منها، حتى يكون للتخيير ببينها فائدة، وحتى إذا اختار المشترى إحداهما كان على بينة من ثمنها، لأنها أصبحت المبيعة، فإذا تساوت الأعيان الشلاث في الأوصاف والمزايا فسد البيع، لاقترانه بشرط لا حاجة إليه، وهو أن له أن يختار عينا منها، ولذا لم يصح اشتراطه في مثلى من نوع بواحد (١)، وإذا لم يبين ثمن كل عين منها فسد أيضا لما في ذلك من جهالة تفضى إلى المنازعة.

الشالث. أن يوقت هذا الخيار بمدة معلومة، وألا تنجاوز هذه المدة ثلاثة أيام، عند الإمام خلافا لصاحبيه، وذلك لشبهه بخيار الشرط عندهم، وذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراط توقيته لثبوت أثر العقد معه في عين غير معينة للمشترى تعيينها، وليس للتوقيت مع ذلك فائدة، لأن الوقت إذا مضى لم يترتب على مضيه تعيين المبيع، ويبقى الحال بعده على ماكان عليه من قبل، ولا يقال: لماذا لاتكون فائدة التوقيت أن يجبر المشترى عند انتهاء الوقت على التعيين ؟ ذلك لأنه لا وسيلة إلى حمله على ذلك إذا ما طلب منه فامتنع (١٠). وهذا بخلاف خيار الشرط فإن فائدة التوقيت فيه ظاهرة.

الرابع - أن يشترط معه خيار الشرط. مثال ذلك أن يقول البائع مثلا: بعتك أحد هذين الثوبين على أن تختار أيه ما شت وعلى أنك بالخيار ثلاثة أيام، وثمن هذا الثوب كذا وثمن الشوب الآخر كذا، فإذا قبل المشترى كان له أن يختار أحد الثوبين بمقتضى خيار التعيين، وإذا اختاره قبل مضى ثلاثة أيام من وقت العقد كان له فيه خيار الشرط إلى انتهاء الأيام الثلاثة، فإن شاء أمضى البيع فيها، وإن شاء فسخ فرد الثوبين جميعا. وذلك مقتضى خيار الشرط. فإن مضى على العقد ثلاثة أيام ولم يعين أحدهما انتهى خيار الشرط ووجب عليه أن يعين المبيع، وليس له ردهما جميعا. وهذا ما جاء في الجامع الصغير وصححه بعض العلماء، وعلى هذا القول لا يحتاج إلى اشتراط التوقيت في خيار التعيين، لأن توقيت خيار الشرط مغن عنه.

وجاء في الجامع الكبير والمبسوط أنه ليس من اللازم اشتراط خيار الشرط مع

⁽۱) قد تدعـو الحاجة إلى نقل عـدد من مثلى إلى حيث يخـتار المبيع منه ويكون الشـمن واحدا، وفى ذلك عرف جار، فكيف عـد مثل هذا البيع فاسدا وليس فـيه أى ضرر ولا أى غرر؟ وإذا جاز فى مـتفاوت فكيف لايجوز فى مثلى؟ ذلك محل نظر.

⁽٢) أقول: قد تكون فائدة التوقيت: إعطاء البائع الحق في مطالبة المشترى قضاء برد ما لم يختره إذا كان المشترى قد تسلم.

خيار التعيين، وصححه كثير من العلماء، وقال الكمال: إنه الأصح، وعلى هذا يشترط فيه التوقيت منعا للإضرار بالبائع، قال الكمال: وعلى هذا إذا اشترط للمشترى معه خيار الشرط كان له حق التعيين عند انتهاء خيار الشرط بلزوم العقد، وكان له ذلك الحق في ثلاثة أيام من ذلك الوقت، فإذا اشترى شخص أحد هذين الكتابين على أن له تعيين أحدهما، وعلى أنه بالخيار ثلاثة أيام فأمضى البيع من بعد يوم أو يومين، أو مضت الثلاثة دون أى بيان. كان له حق تعيين المبيع من الوقت الذى صار فيه العقد لازما بسقوط خيار الشرط ويكون له ذلك في ثلاثة أيام من ذلك الوقت.

لمن يثبت وفيم يثبت؟ ويثبت خيار التعيين للمشترى كما تقدم، واختلف فى ثبوته للبائع، فقيل لايثبت، ورجحه صاحب الفتح، لعدم الحاجة الماسة إلى ذلك، وقيل يثبت له أيضًا، وبه قال الكرخى، لأنه قد يحتاج البائع إليه إذا باع قبل أن يرى، فيبيع أحد الكتابين لشخص على أن له أن يعين أحدهما مبيعا.

ويثبت فى عقد البسيع، وفيما يئول إلى أن يكون بيعا كالهسبة بشرط العوض فإنها بيع انتهاء، وكالصلح على عين، فإنه يعتبر بيعا لتلك العين.

أثره في العقد: إذا كان للمشترى خيار التعيين لم يمنع ثبوت ذلك الخيار، أن يتملك بالعقد عينا غير معينة من الأعيان الثلاثة مثلا، وبمقتضى ذلك الخيار يملك أن يعينها، ويرى الكرخى أن هذه الملكية غير لازمة، وأن ألعقد في هذه الحال غير لازم، فله أن يفسخه في لا يختار شيئاً، لانه يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط. وعلى ذلك فلا يصح أن يشترط معه خيار الشرط؛ لانه لايدخل إلا العقود اللازمة كما قدمنا حتى يكون مفيدا، ولكن جاء في كتب ظاهر الرواية: أن اشتراط خيار الشرط معه صحيح، وذلك دليل على أن قول الكرخى يخالف ظاهر الرواية وأن ظاهر الرواية أن عقد البيع مع ثبوت خيسار التعيين فيه عقد لازم، الرواية وأن ظاهر الرواية أن عقد البيع مع ثبوت خيسار التعيين فيه عقد لازم، ويجب على من ثبت له الخيار فيه أن يختار عينا من الأعيان الشلاث أو من العينين. ولا يملك فسخ البيع ورد الجميع إلا إذا كان قد اشترط لنفسه خيار الشرط فيرد الجميع حينئذ بمتضاه، فلو لم يرد حينشذ حتى توفى لم يكن لوارثه الشرط فيرد الجميع حينئذ بمتضاه، فلو لم يرد حينشذ حتى توفى لم يكن لوارثه الشرط ما له الموروث له بمال غيره، فكان عليه أن يختار التعيين فقط نتيجة لاختلاط ماله الموروث له بمال غيره، فكان عليه أن يختار تميين الملكه وليس له أن يرد الجميع، وهذا مايريده بعض الفقهاء بقولهم: إن خيار التعيين يورث.

ماينتهى به: وينتهى هذا الخيار باختيار عين مما خير فيه. وقد يكون ذلك الاختيار صريحا كما إذا قال: اخترت هذه العين أو مافى معناه، وقد يكون دلالة كما إذا تصرف في عين مما خير فيه تصرفا لايكون إلا من مالك. كأن يكون ثوبا في خيطه أو طعاما فيأكله أو يبيعه، وكذلك ينتهى بهلاك حين مما خير فيه عند المشترى، ذلك لأن المشترى إذا قبض جميع الأعيان ليختار منها كانت يده على غير ماقلك بالعقد يد أمانة، وعليه أن يرده إلى مالكه، فإذا هلكت عين منها استحال ردها لهلاكها، فتعين لذلك أن تكون مبيعا، ووجب عليه رد ماعداها على أنه أمانة أمانة.

خيار فوات الوصف: إذا اشترط المشترى فى البيع صفة مرغوبا فيها فظهر له بعد أن تم العقد أن المبيع خال منها كان له الخبار، فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن دون نقص منه نظير ماقات من وصف، وذلك كما إذا اشترى كتابا على أنه مطبوع فى المطبعة الأميرية فظهر أنه مطبوع فى مطبعة أخرى لاتعنى بالضبط، فإن حدث مايمنع الرد كما إذا تعيب الكتاب فى يده فإنه يقوم مع الوصف المرغوب فيه ثم يقوم بدونه وتنسب القيمتان إحداهما إلى الأخرى، وعلى أساس هذه النسبة يرجع المشترى على البائع فإن كانت قيمته بدون الوصف ثلاثة أرباع قيمته مع الوصف رجع بربع الشمن وهكذا، ويبطل هذا الخيار بتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك (٢)، ويثبت للوارث، لأنه فى معنى خيار العيب

خيار تفريق الصفقة: إذا استحق بعض المبيع قبل قبضه كله بطل البيع فى القدر المستحق، وكان للمشترى الخيار فى الباقى، إن شاء أخذه بحصته من الثمن (٢) وإن شاء فسخ العقد فيه لتفريق الصفقة عليه، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا الاستحقاق قد ترتب عليه عيب فى الباقى أو لا (٤) أما إذا استحق بعد قبضه

⁽۱) إذا هلك الجميع معا لزمه نصف ثمن كل منهما إن كانا عينين لعدم استطاعة تعيين الأمانة منهما فيجب عليه للبائع نمن الاثنين، فإن كان التخيير في ثلاثة، وقد هلكت معا كان عليه للبائع ثلث ثمنها جميعا وضاع على البائع الثلثان بحكم الأمانة.

⁽٢) وعند ذلك يمتنع على الْمشترى أن يرجع بالنقصان لرضاه بالمبيع دلالة كما هو ظاهر.

⁽٣) لبيان معرفة حسمته تتسع الطريقة التي شرحت أنف في خيآر فوات الوصف. راجع رد المحتار اجع صد ١١٠٠.

⁽³⁾ ومثل ذلك فى الحكم ما إذا هلك بعض البيع قبل قبضه سواء أكان الهلاك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع أو نفعل البيع في كل المبيع والرجوع على الاجنبى أو الفسخ. رد المحتار ﴿ج٤ ص ٤٥١).

كله فإن البيع يبطل أيضا فى القدر المستحق ثم ينظر إلى الباقى منه، فإن أورث هذا الاستحقاق عيب فيه كان للمشترى الخيار السابق، وإن لم يورث فيه عيب لم يكن له خيار لتمام الصفقة فيه، ووجب عليه أن يأخذه بحصته من الثمن، كما إذا كان المبيع ثوبين فاستحق أحدهما بعد قبضهما أو مقدارا من الحبوب، فاستحق بعضه بعد تسلمه جميعه، فإن المشترى يلزمه أخذ الباقى بحصته من الثمن.

تقدير المبيع والخطأ: ذكرنا أن المبيع قد يعلم بالإشارة إليه عند المبيع إن أمكن ذلك، وقد يعلم بوصفه وصفا يتميز به من غيره، وعلى هذا الأساس يباع، وقد يقتصر في التعريف به على ذلك فلا يقدر، وقد يقدره البائع مع ذلك، فإذا لم يقدره لم يتصور بعد ذلك وجود خطأ في تقديره، كأن يبيع شخص هذه الدار بكذا، أو الأرض التي تحد بكيت وكيت بكذا، أو هذه الصبرة من القمح بكذا أو هذا الشوب من القماش بكذا، أو هذا القطيع من البقر أو الغنم بكذا. أو هذا القليم من البقر أو الغنم بكذا. أو هذا القدار من السمك أو من العنب بكذا، وما أشبه ذلك، وفي كل هذه الصور البيع صحيح على أية حال كان مقدار المبيع، وليس للمشترى أن يقول ظننت أن المبيع يبلغ كيت وكيت فوجدته أقل من ذلك، لأنه ظنه لنفسه، وخطؤه فيه واقع عليه مادام ثمن المبيع كله قد بين جملة واحدة.

فإن بين ثمنه بذكر ثمن الواحد منه فقط . كأن يبيع هذه الأرض كل متر مربع منها بجنيه، أو هذه الصبرة من البر كل أردب منها بجنيهين أو هذا المقدار من البيض أو من المانجو كل بيضة بكذا أو كل منجاة بكذا، فإن السبيع يصح فى الواحد فقط عند أبى حنيفة، ولا يصح في ما عداه لجهالة كل من الشمن والمبيع، ولكن إذا عرف مقدار المسيع فى المجلس ارتفع الفساد وصح السبيع فيه، وكان للمشترى الخيار عند ذلك، فقد لايستطيع دفع الشمن جميعه، وقد لايكون به حاجة إلى المبيع، وذهب الصاحبان إلى أن البيع صحيح لازم فى كل المبيع؛ لأن الجهالة القائمة غير مفضية إلى النزاع، لإمكان رفعها.

وإذا قدر المبيع في عقد البيع، فتحت ذلك صورتان: الأولى ـ أن يبين ثمنه بذكر ثمن الواحد منه. الثانية في أن يبين ثمنه كله جملة واحدة.

ففى الحال الأولى - إذا ظهر المبيع كما قدر صح البيع ولزم، كأن يبيع شخص لآخر هذه القطعة من الأرض على أنها ألف متر مربع كل متر بجنيه فتوجد كذلك. وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فوجدت الأرض فى المثال السابق أقل من ألف متر اعتبر ذلك المنقص عيبا فيه، لأن المشترى قد لايكون راغبا فيه إلا على أساس مابين له من قدر، وإذن يكون مخيرا بين أن يأخذ المبيع بحصته من الثمن، وأن يترك ويفسخ البيع، لافرق بين مبيع يضره التبعيض ومبيع لايضره ذلك، ولابين مبيع تتفاوت آحاده ومبيع لاتتفاوت.

وإذا ظهر المبيع زائدا عما قدر به، فإن كان متفاوت الآحاد في القيمة فسد البيع، لإفضاء ذلك إلى النزاع، ومثاله أن يبيع شخص لآخر هذا القطيع من الغنم على أنه مائة شاة كل شاة بثلاثة جنيهات، فيظهر أنه مائة شاة وشاة أو أكثر، فإن المشترى في هذه الحال إذا رد الزائد عمد إلى الاقل قيمة فأراد رده إلى البائع، والبائع لايرضى إلا أن يستبقى له الاكثر قيمة، وذلك ما يفسد به البيع لجهالة المبيع عند ذلك جهالة تؤدى إلى النزاع، وإن كان المبيع غير متفاوت الآحاد ولايضره التبعيض برد الزائد إلى البائع، مثاله أن يبيع شخص لآخر هذه الصبرة من البرعي أنها مائة أردب، فعند ذلك يرد الزائد إلى البائع ويأخذ المشترى منها مائة بثمنها، وإن ضره التبعيض خير المشترى بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع جميعه بما يخصه من الثمن، مثاله، أن يبيع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع، كل متر بجنيه فيظهر أنها ألف متر ومتران، فإن شاء المشترى أخذها بألف جنيه وجنيه بن وإن شاء فسخ لفوات ومتران، فإن شاء المشترى أخذها بألف متر فقط.

وفى الحالة الثانية _ إذا ظهر المبيع كما قدر أو ظهر زائدا، فما لحكم كما ذكرنا فى الحالة الأولى إلا فى حالة واحدة، وهى زيادة المبيع الذى تشماثل آحاده ويضره التبعيض، فإن المشترى هنا لايخير ولكن يأخذ المبيع الزائد بنفس الثمن المسمى دون زيادة، ولا يلتفت لاعتراض البائع، لأن القدر حيئذ وصف لايقابله شىء من الثمن، وعلى ذلك يكون الحكم فى المسائل الآتية كما يأتى:

(۱) إذا باع شخص لآخر هذا الفص من الماس على أنه خمسة قراريط بكذا، فوجده كذلك لزم البيع. (ب) إذا باع شمخص هذا القطيع من البقر على أنه مائة بقرة بألف جنيه فوجده مائة وبقرة فسد البيع.

(جـ) إذا باع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فوجده مائة أقة وخمسا رد إلى البائع خمس أقات منه.

وفى هذه المسائل الثلاث، نجد أن الحكم فيها لايختلف إذا ما عدل عن بيان ثمن الجملة إلى بيان ثمن الواحد.

(د) إذا باع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع بألف جنيه، فوجدت ألف متر ومترين، أخذها المشترى بألف جنيه، وليس للبائع أن يعترض. وهذه حالة الاختلاف التي أشرنا إليها. فإن هذه الأرض تؤخذ في الحال بألف وجنيهين.

وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فإن كانت آحاده متفاوتة القيمة، فسد البيع كأن يبيع شخص هذا القطيع من الغنم على أنه مائة شاة بثلاثمائة جنيه، فيظهر أنه ٩٥ شاة، إذ لايمكن حينشذ نقص الثمن على حساب هذا النقص من العدد، لتفاوت الآحاد قيمة، فيكون الشمن مجهولا، وإذا جهل الثمن فسد البيع، ولا يتأتى أن يجعل الشمن المذكور في العقد ثمنا لما وجد من المبيع لظهوره ناقصا في الكمية، لأن مانقص مقابل ببعض الثمن (١).

وإن كان غير متفاوت الآحاد وكان لايضره التبيعض خير المشترى بين فسخ المقد وبين أن يأخذ الموجبود بحصته من الثمن، لإمكان قسمة الثمن حينئذ على جملة الآحاد لعدم تفاوتها قيمة، وذلك كأن يبيع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فيظهر أنه ثمانون فقط، فإن المسترى يخير بين فسخ العقد وأن يأخذ الثمانين بستة عشر جنيها «حصتها من الثمن» (٢).

وإن كان ممايضره التبعيض خير المشترى فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن، كما إذا باع شخص لآخر هذا الثوب من الجوخ على أنه

 ⁽١) وبذلك اختلف هذا الحكم عنه في الحال الأولى: لأنه أمكن فسيها ـ وقمد جعل الشمن لكل وحدة ـ أن
يؤخذ ماوجد بثمن كل وحدة مكرو بعدد الموجود إن أواد الشترى.

⁽٢) وجعل للمشترى الخيار بسبب ماوجد من نقص في المبيع وهو عيب في نظره.

عشرة أمتار بعشرة جنيهات فوجده تسعة أمتار، فإن المشترى يخير بين أن يأخذ التسعة بعشرة جنيهات، وبين أن يفسخ البيع، لأن نقص المبيع عيب، والفرق بين هذه وما قبلها أن القدر فيما يضره التبعيض يعتبر وصفا، فلا يقابله شيء من الثمن، وفيما لايضره التبعيض يعتبر أصلا فينقسم الثمن على أجزائه.

معاوضة المثلى بالمثلى: غير أنه يجب مع ماتقدم عند بيع المكيلات عكيل أو الموزونات بموزون عدم التفاوت في البدلين ماداما من جنس واحد، كبيع البر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والأرز بالأرز، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ولا ينظر في ذلك إلى اختلافه في الجودة والأوصاف، ولا إلى مايكون في أحدهما من صنعة وذلك تجنبا لربا الفضل (۱)، لأنه حرام، وعليه لايصح بيع أردب من القمح بأردب وربع من قمح اخر، ولا بيع مصاغ من الذهب بأكثر منه وزنا من النقود الذهبية وهكذا، ثم لابد مع هذا من تقايض البدلين في مجلس العقد تجنبا لربا النساء كذلك، وهو ربا التأجيل. غير أن البدلين أو الجائن نقدين وجب أن يكون التقابض في المجلس يدا بيد، وإن كانا مكيلين أو موزونين اكتفى بتعيين البدلين تعيينا شخصيا في المجلس وإن لم يتم فيه تقايض.

فإذا اختلف البدلان جنسا كأن يباع القمح بالأرز والفهب بالفضة لم يلزم تساويهما مقدارا ولزم التقابض في المجلس على المعنى الذي ذكرناه، وذلك لقوله ويَسْالِحُة «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مشلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد، (1).

• عقد الصرف: وبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وكذلك بيع أحدهما بالآخر يسمى صرفا، ولابد فيه كما علمت من التقابض في المجلس، اتحد الجنس أو اختلف، وعند الاتحاد يجب مع التقابض التساوى وزنا، ولا اعتبار بالصنعة فيها، خلافا لغيرهما من الموزونات، إذ تعتبر الصنعة فيها إذا أخرجها العرف من

⁽١) ربا الفضل هو فضل مال لايتابله عوض في معاوضة مالية.

⁽٢) ومن الحديث يتبين أن المعدود والمؤروع ليسا من الأموال الربوية التي يشترط فيهما التساوى في العوضين عند اتحاد الجنس، ولا التنابض في المجلس إذ لم يرد لها ذكر في الحديث، واجع فتح القدير اج٥ ص٢٧٤.

المورونات بسبب وجـودها، فإذا بيع إناء من نحاس بنقـود نحاسيـة صح البيع مع وجود التفاضل، إذا كان أساس بيع هذا الإناء عدم الوزن في العرف.

مايدخل في البيع تبعا: يدخل في البيع تبعا للمبيع بدون حاجة إلى ذكره في العقد ما يأتي:

- (۱) كل ماجرى العرف بدخوله مع المبيع بدون ذكره، فإذا بيعت الدار دخل علوها ومصاريع أبوابها ومفاتيح حجراتها، وإذا بيع قفل دخل فى البيع مفتاحه، وإذا بيعت سيارة شمل البيع مافيها من الكاوتشوك.
- (٢) كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار _ وذلك بأن يوضع فيه على ألا يفصل منه _ كالبناء والشجر عند بيع الأرض، والأقفال المشبتة في الأبواب، والرفوف المثبتة في الجدر والدواليب المستقرة فيها، والأسلاك الكهربائية وأنابيب الماء عند بيع الدار.

وأما ماعدا القسمين السابقين فإنه إذا كان حقا من حقوق المبيع كالطريق الحناص والمسيل الخاص فإنه يدخل في البيع إذا بيع المبيع بكل حقوقه أو بكل مرافقه أو توابعه، وإلا لم يدخل إلا إذا نص عليه في العقد صراحة.

وإن لم يكن حِتما من حقوق المبيع، لم يشمله العقد إلا بالنص عليه فيه صراحة، وعلى ذلك فلا يدخل الزرع عند بيع الأرض ولا الثمر عند بيم الشجر ولا البذر عند بيم الأرض إذا وضع فيها ولم ينبت إلا بالنص على ذلك في العقد. فإذا نبت البذر ولما يصر له قيمة اختلف الرأى فيه، فقيل يدخل تبعا بلا نص لأنه لاقيمة له وقيل لايدخل لأنه صار زرعا.

تلف التابع للمبيع: وكل مايدخل في البيع تبعا بدون النص عليه عند التعاقد إذا تلف قبل التسليم لا يترتب على تلفه نقص الثمن لأنه تابع، وإنما يخير المشترى بين الفسخ والأخذ بكل المشمن، لاعتبار ذلك عيبا لحق المبيع قبل تسليمه. وأما ماعداه فجزء من المبيع، حكمه إذا تلف حكم بعض المبيع إذا تلف.

ريادة المبيع عند البائع وهلاكها: إذا نما المبيع بعد العقد وقبل التسليم كان نماؤه للمشترى لأنه نماء ملكه، فإذا اشترى شجرا فأثمر كان الثمر له وكان في يد

البائع أمانة، فإن هلك بلا تعد كأن أصابته آنة فأتلفته لم يضمن البائع ولم يكن للمشترى خيار. وإن تعدى عليه البائع فأتلفه كان له حصة من الشمن، وتقدر بقسمة الثمن قسمة تناسبية يراعى فيها نسبة قيمة الثمرة عند استهلاكها إلى قيمة الأصل عند شرائه، ولاخيار للمشترى في هذه الحال عند الإمام، وقال الصاحبان: له الخيار بين أن يأخذ الأصل بحصته من الثمن كما بينا وبين أن يفسخ البيع؛ لأن البائع بتعديه على الثمرة بإتلافها يعتبر أنه قد أحدث بالمبيع عيبا يجعل للمشترى حق الفسخ (١).

هلاك المبيع فسى يد البائع: يعتبر المبيع قبل تسليمه للمشترى فى ضمان البائع، فإذا هلك فى يده هلك عليه من ماله، ما لم يكن ذلك بتعد من المشترى، فإن المشترى يعتبر بذلك متسلما له.

وبناء على ذلك إذا هلك بعض المبيع في يعد البائع قبل تسليمه إلى المشترى بطل فيه البيع، سواء أكان ذلك بتعد من البائع أم بآفة سماوية، وكان للمشترى الحيار في فسخ البيع وفي أخذ الباقى بحصته من الثمن (٢)، ومثل ذلك في الحكم ما إذا استحق.

وإن كان هلاك البعض بفعل المشترى كان ضمانه عليه واعتبر متسلما له وليس له في هذه الحال أن يفسخ البيع.

وإن كان بفعل أجنبى كان للمشترى الخيار بين أن يمضى البيع ويضمن المتعدى قيمة ما أتلف وبين أن يفسخ البيع لحدوث العيب في يد البائع.

وإذا هلك المبيع كله فى يده قبل تسليمه بطل البيع إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه، ويجب على البائع فى هذه الحال أن يرد الثمن إلى المشترى إن كان قد قبضه، وإن هلك بفعل المشترى اعتبر ذلك تسلما، وسلم الثمن للبائع. وإن هلك بفعل أجنبى خير المشترى بين فسخ البيع واسترداد الشمن إن كان قد أداه وبين إمضاء البيع والرجوع على الأجنبى بقيمته وقت تعديه (٣).

⁽١) راجع الفتاوي البندية اج٣ ص٩٣٥.

⁽٢) الهندية فج٣ ص٢٤، ٢٥، ١٢٧.

⁽٢) رد المحتار فج عص٤٧.

تصرف المسترى فى المبنع قبل قبضه: إذا كان المبيع منقولا لم يجز للمسترى أن يتصرف فيه بالبيع أو بالإجارة قبل أن يقبضه إذ من الجائز أن يتلف قبل تسليمه فيبطل لذلك البيع ويؤدى ذلك إلى الغرر بالمسترى الجديد أو المستأجر، ولكن يجوز له أن يهبه أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع (١) عند محمد وهو الأصع خلافا لأبى يوسف، ويقوم قبض الموهوب له أو المقترض أو المرتهن حينئذ مقام قبض المشترى(٢). وإذا كان عقار جاز له أن يتصرف فيه بالبيع والهبة قبل التسليم(١) لأن هلاك العقار غير محتمل، وهذا عند الشيخين. وقال محمد: لا يصح التصرف فيه أيضا بالبيع دون الهبة قبل تسليمه، وهو رأى الشافعي ومالك: لورود الحديث أيضا بالبيع دون الهبة قبل تسليمه، وهو رأى الشافعي ومالك: لورود الحديث النهي عن ذلك من غير تقييد بعقار أو منقول وهو قوله عليه لحكيم بن حزام أإذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه والآخرون يقيدونه بالمنقول لورود النص عليه في أحاديث أخرى في نفس الموضوع.

الزيادة فى المبيع: للبائع أن يزيد فى المبيع بعد تمام البيع ولو كانت هذه الزيادة بعد تلف المبيع، ولاتلزم إلا إذا قبلها المشترى فى معلس الزيادة وعندئذ تلتحق بأصل العقد فيكون لها حصة من الثمن تقابلها (٤).

الثمن

التعريف بالثمن ويالقيمة: الثمن ماتراضى عليه المتبايعان ليكون ثمنا للمبيع في عقد البيع، وهو خلاف القيمة، إذ إنها مايقوم به المبيع في السوق أو مايوزن به مافي المبيع من مالية، وقد يزيد عنها الثمن، وقد يساويها وقد ينقص عنها؛ لأن مقداره يزيد وينقص حسب مايتراضي عليه المتبايعان.

⁽١) إذا باعه لبائعه أو وهبه لم يصح، وإذا رهنه له فسخ البسيع. هندية "ج٣ ص١٣» وراجع الدر للخشار وراشية ابن عابدين عليه ٣ج٣ ص١٩٨» وتقرير الرافعي ٣ج٢ ص٢١٥٧.

 ⁽٢) كل تصرف يجوز بغير قبض إذا باشره المشترى في المبيع المنقول قبل قبضه لايصح، وكل تصرف لايتم إلا بالنبض إذا باشره المشترى قبل القبض يصح ويكون قبض المتملك قبضا عن المشترى.

 ⁽٣) إجارة العقبار المبيع قبل قبضه لبنائعه أو لغيره لاتجوز عند الكل، كمنا لايجوز كذلك وقفه قببل قبضه.
 مندية ٩-٣ ص٩١٣.

⁽٤) ولاتجوز الزيادة في المسلم فيه، ويجوز الحط منه لأنه دين. رد المحتار الج؛ ص١٨٧٠.

ووجود الثمن شرط فى انعقاد البيع، فلا ينعقد بيع اشترط فيه عدم الثمن. والعلم به شرط لصحته، فإذا باع بيتا بثمن مجهول كان البيع فاسدا، وكذلك إذا سكت المشترى عن الثمن.

ويكفى فى العلم به الإشارة إليه إذا أمكن أن يشار إليه، بأن كان فى مجلس العقد، فإن لم يكن كان علمه بوصفه وصفا يتبين به مقداره ويتميز به عما عداه، وعلى ذلك فإذا ذكر الثمن بنقود لايعرف قيمتها أحد العاقدين كالدولار مثلا إذا كان مجهولا لأحدهما كان العقد فاسدا، ولكن يرتفع الفساد ببيان قيمته فى المجلس والرضا به فيه.

وكذلك يفسد العقد إذا باع الشيء بقيمته «ولم يبينها» أو بما يريده المشترى أو بما عليه به، أو بما اشتراه به أو بمثل مااشترى به فلان، ولكن إذا عرف كل ذلك في مجلس العقد فرضيه المشترى ارتفع الفساد، وإذا باع بمثل مايبيع الناس جاز إذا كان معروفا لاتفاوت فيه عادة كاللحم والخبز «الفتح ج٥ ص١٨٣».

والجهالة المفسدة هى الجهالة الفاحشة، وهى التى تفضى إلى النزاع، أما الجهالة اليسيرة فغير مفسدة، وعلى هذا لو تبايع اثنان عينا بما فى هذه العلبة من النقود صح البيع إذا لم يعرف البائع كم فيها، ويشبت له عند معرفتها الخيار، ويسمى بخيار الكمية، فإن شاء أمضى بها، وإن شاء فسخ، ومثل ذلك ما لو اشترى شخص من آخر شيئا بملء هذا الإناء حبوبا، فإن للبائع أيضا الخيار عنا رؤية الثمن بعد كيله ويسمى هذا بخيار كشف الحال.

تأجيل الثمن وتقسيطه: إذا خلا العقد من ذكر تأجيل الثمن أو تعجيله كان المدار على العرف، فإن قضى بالتأجيل أو بالتنجيم كان الأمر على ما يقضى؛ لأن المعروف عرف اكلشروط فى العقد، فإن لم يكن عرف اعتبر الثمن معجلا كله، وإذا أجل الثمن فى العقد أو بعده تأجل (١).

ولايصح التأجيل في العقد إلا إلى زمن معلوم كيوم كذا أو أول سنة كذا، فإذا أجل إلى زمن مجهول جهالة فاحشة أو غير فاحشة، فسد العقد، كما إذا أجل

⁽١) راجع الدر المختار ورد المحتار عليه فج ٤ ص٢٦، ١٣٤٠ والمرجع السابق.

إلى يوم قدوم فلان أو إلى وقت نزول المطر، أو إلى زمن الحصاد. وأما إذا كان التأجيل بعد العقد فإنه يصح إذا كان إلى زمن معلوم أو مجهول جهالة يسيرة، كرمن الحصاد فإذا فحشت الجهالة لم يصح التأجيل كأن يؤجل إلى سنة نزول المطر(١).

وكما يصح تأجيل الثمن يصح تنجيمه، فإذا اشترى الدار بألف جنيه منجمة على عشرة أقساط تدفع في مواعيد معينة صح الشرط ولزم، وإذا اشترط مع ذلك أن تأخير أى قسط تتعجل به بقية الأقساط صح الاشتراط (٢).

وينتهى الأجل بحلول وقته إذا كان معينا كما إذا اشترى بثمن يدفعه فى يوم كذا، ثم جاء ذلك اليوم، فإن كان محدد المدة فقط كسنة أو شهر، ابتدأت مدته من وقت سقوط الخيار إن كان فى العقد خيار لأحد العاقدين، فإن لم يشرط فيه خيار لأحدهما ابتدأت من وقت العقد إذا لم يمتنع البائع من تسليم المبيع إلى المشترى، فإن امتنع من تسليمه لم تبتدئ إلا من وقت تسليمه (٢).

ويحل الأجل بموت المدين وهو المشترى في جميع الأحوال. ولايجوز للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول أجله، وإذا حل فلم يدفع المشترى الشمن ولم يفسخ البيع، ويستوفى الثمن كما تستوفى سائر الديون.

خيار النقد: وإذا تم عقد البيع على أن المشترى إذا لم يدفع الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع، صح العقد والشرط استحسانا، فإن دفع المشترى الثمن فى المدة لزم البيع. وإن مضت المدة ولم يدفع فسد البيع ولم ينفسخ (٤)، وخالف فى ذلك زفر، فقال: إنه شرط يفسد به البيع.

⁽١) إذا كانت جهالة الأجل منقاربة أى يسيرة وقد تضمنها العقد فإنها تفسده، ويرتفع هذا الفساد بإبطال المشترى هذا التأجيل قبل حلول الآجل وقبل نسخ العقد بسبب الفساد، وإذا لم يتضمنها العقد بل جاء هذا التأجيل بعدد تمامه لم يفسد! به العقد وصع التأجيل. أما الجهالة الفاحشة فتفسد العقد إذا تضمنها ويرتفع الناجيل بعدد، راجع الدر المختار ورد المحتار عليه في الموضعين السابقين.

⁽٢) الدر المختار اج} ص٢٦.

⁽٣) الدر المختار (ج ٤ ص ٣٨، ومسجمع الأنهر (ج ٢ ص ٨) والهندية (ج ٣ ص ١٥) وقال الصاحبان: امتناع البائع من التسليم لايؤخر ابتداء الأجل.

⁽٤) الدر المختار ورد المحتار عليه «ج٤ ص٤٥٤ والزيلعي وحاشية الشلبي عليه اج٤ ص١١٥٠.

والتقييد بالأيام الثلاثة رأى الإمام؛ لأنه يجعل هذا الخيار كخيار الشرط. وجوزه محمد إلى أية مدة يتفقان عليها (١) دون أبى يوسف لأنه لايقيسه على خيار الشرط كما في المسوط.

تصرف البائع فى الثمن قبل قبضه؛ إذا كان الثمن عينا حاضرة جاز للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه، وعندئذ يعد تصرفه فيه قبضا له، فإذا باع دابة بهذه القناطير من القطن جاز له بعد تمام البيع أن يتصرف فى القطن بالبيع والهبة ونحوهما وإن لم يتسلمه، وإن كان الشمن دينا فى الذمة لم يجز للبائع أن يتصرف به إلا بالإبراء أو التمليك للمشترى وهو المدين؛ لأن تمليك الدين لغير من عليه دين غير جائز عند الحنفية، إلا إذا كان بالوصية له أو كان بعد توكيله إياه أولا بضه، أما تمليكه للمدين بأى عقد فيجوز، وإذن يصح أنه يهبه له أو أن يشترى ه شيئا منه (٢).

الزيادة في الثمن والحط منه: للمشترى أن يزيد في الثمن، ولو من غير جنسه فتلتحق هذه الزيادة بالعقد، ويشترط في لزومها بقاء المبيع وقبول البائع لها في مجلسها، وعند نذ يكون الشمن مجموع الأصل والزيادة، وكذلك له أن يحط من الشمن وأن يتنازل عنه جميعه، (وقد علمت أن حط بعضه يظهر في حق الشفيع، وأن التنازل عنه كله لايظهر في حقه) (٣).

حبس المبيع لقبض الثمن: إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن كله فى العقد أو بعده لم يكن للبائع أن يحبس المبيع عن المشترى إلى أن يستوفى الثمن، بل يجب عليه تسليمه إلى المشترى بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا بقى فى يده إلى أن حل الأجل لم يكن له حق حبسه لأن رضاه بالتأجيل يعد تنازلا عن حق حبسه.

وإذا كان الثمن حالا كله أو بعضه كان للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري

⁽۱) من المسائل التى تشبه هذه المسألة أن يتم البيع بين المتبايعين على أن البائع إذا رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بع بينهما، وفى هذه الحال يكون الخيار للمسائع فإن شاء لم يرد الثمن ويلزم البيع بذلك وإن شاء رده وعند ذلك بفسد البيع. وقسد ذهب بعض العلماء إلى القول بصحة ذلك لأنه فى معنى خسيار الشرط للبائع، ولكن هذه الصورة من أفراد بيع الوفاء، وهذا الحكم هو أحد الاقوال فى بيع الوفاء.

وستعلم أن أصحها هو التول بأن المنعقد به مع التسليم رهن، وعلى هذا القول لايكون البيع على هذا الوجه صحيحا بل فاسدا.

⁽٢) الدر المختار فج ع ص١١٨٥.

⁽٣) الدر المختار أج ع ص١٨٦٥.

حتى يتسلم الحال من الثمن (1) مادام لم يسلمه إلى المشترى، فإذا سلمه إليه سقط حقه في حبسه فلا يسترده بعد ذلك ليحبسه حتى يؤدى إليبه الثمن، ويجب أن يلاحظ أن حق البائع في الحبس لايمنعه من مطالبة المشترى بأن يؤدى إليه الحال من الثمن، فإذا امتنع من أدائه كان له أن يسلك إلى استيفائه الطريق الذى شرحناه فيما سبق عند كلامنا على نزاع الملك لسداد الدين. وهاك بعض الأمثلة: *

إذا باع رجل منزلا لآخر بألف جنيه منها مائة حالة كان له أن يحبس المنزل حتى يقبض المائة الحالة، وليس له أن يحبسه إلى أن يقبض الباقى المؤجل، وهذا إذا لم يكن قد سلمه إلى المشترى، فإن سلمه إليه فقد سقط حقه فى الحبس (٢).

وإذا تعدد المبيع فى صفقة واحدة، جاز له حبسه كله حتى يقبض الحال من ثمن الجميع لافرق فى ذلك بين حالة بين فيها ثمن كل مبيع، وحالة جعل فيها الثمن للجميع دفعة واحدة، فإذا باع إنسان دارا وسيارة وحديقة صفقة واحدة بثلاثة آلاف جنيه حالة منها خمسمائة للسيارة وألف للحديقة والباقى للدار، ودفع من ذلك كله ألفى جنيه كان للبائع حبس الدار والحديقة والسيارة حتى يبقض الألف الباقية، وقيل: يجب على البائع أن يسلم ما قبض ثمنه (٣).

ولايسقط حتى البائع فى حبس المبيع إذا أعطاه المشترى رهنا بالشمن أو كفيلا به.

أما الحوالة فإن كانت من البائع على المشترى أسقطت حقه فى الحبس، وإن كانت من المشترى في سقوطه بها خلاف، فإذا أحال البائع شخصا بالثمن على المشترى وقيل سقط حقه فى الحبس، ولزم تسليم المبيع فى الحال، ولكن إذا أحال المشترى البائع على آخر بالثمن فلا يسقط حقه فى الحبس عند محمد خلافا لأبى يوسف، ووجه قول محمد: أن حقه فى المطالبة بالثمن لايزال باقيا بعد الحوالة فلا يسقط حقه فى الحبس، ووجه قول أبى يوسف: أن دين البائع قد انتقل بالحوالة الى شخص آخر غير المشترى هو المحال عليه، وإذن فلا حق له فى حبس ملك المشترى عنه بعد أن أصبح غير مطالب بشىء من البائع في ألله عنه بعد أن أصبح غير مطالب بشىء من البائع ألى المنابع ألى

امتيار البائع عن سائر الغرماء: إذا لم يؤد المشترى ثمن المبيع فبيعت جميع أمواله (وفيها المبيع) لسداد ديونه ـ سواء أكان ذلك في حال حياته أم بعد وفاته ـ ففي ذلك حالتان:

⁽١) راجع البحر دج٥ ص٢٢١.

⁽٢) إذا تسلمه المشترى قبل أداء الحال من الثمن من غير إذن البائع كان للبائع أن يسترده ويحبسه.

⁽٣) رد المحتار ﴿ج} ص١٤٧ والبدائع ﴿ج٥ ص٠٩٢٥.

⁽٤) الهندية (ج٣ ص١٥٥.

الحال الأولى: أن يكون المبيع محبوسا لذى البائع بالثمن أو ببعضه، ولم يسقط حقه فى حبسه، وفى هذه الحال يتقدم البائع سائر الغرماء بما كان المبيع محبوسا فيه بشرط ألا يتسجاوز مابيع به المبيع، فإذا كان محبوسا بالثمن كله أو بجزء معين منه أعطى البائع أولا من ثمن المبيع الثمن كله أو الجزء المعين منه، وإن استنفده، فإن وفى فبها وإلا كان البائع أسوة الغرماء فيما يبقى له بعد ذلك. وهذا لأن حقه قد تعلق بعين المبيع تعلق الدين بالرهن وكان له حق حبسه إلى أن يستوفيه منه فوجبت مراعاة ذلك.

الحال الثانية: أن يكون حق البائع في حبس المبيع لأجل الثمن قد سقط «إما بتسليمه وإما بتأجيله جميع الشمن»، وفي هذه الحال يكون البائع أسوة الغرماء لايفضلهم، سواء أكان المبيع في يد البائع أم في يد المشترى أم في تركته إلى وقت بيعه، وذلك لأن حقه لم يتعلق بعين المبيع، ولذا لم يكن له حق حبسه، وإذا توفى المشترى فقد توفى عن عين مملوكة له لم يتعلق بعينها حق بائعها، فتكون بين سائر الغرماء ومنهم البائع (١).

⁽۱) ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وذهب الشافعية إلى أن البائع له حتى حبس المبيع حتى يقبض ما اتفق العلوفان على حلوله من الثمن دكله أو بعضه وإذا ما خاف البائع فوته وله مع الحبس حق المطالبة بالثمن فإذا امتنع المشترى من الأداء أجبر عليه، فإن لم يؤد حتى أفلس أو مات كان للبائع حق فسخ العقد، وبذلك يرجع المبيع إلى ملكه لقوله تشخ في خبر أبى هريرة رضى الله عنه وأيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمناعه، وإن لم يخف فوته أجبره القاضى على الشعارى على الأداء إن كان له مال حاضر في المجلس، فإن لم يكن له مال حاضر فيه وكان له مال عائب دون مسافة القصر حجر عليه المتاضى في جميع أمواله حتى لايتصرف فيها بما يضر البائع، والزمه مع ذلك غائب دون مسافة القصر حجر عليه المتاضى في جميع أمواله حتى لايتصرف فيها بما يضر البائع، والزمه مع ذلك بالأداء، فإذا أدى ارتفع الحجر، وقبيل لايرتفع إلا إذا رفعه القاضى وإن كان له مال غائب مسافة القصر أو لم يكن له مال حجر عليه القاضى أيضا وكان للبائع عنذ ذلك فسخ البيع واسترداد المبيع، ولا يغير هذا الحكم أن يسوت المشترى في هذه الحال صفلها، أما إذا مسات وهو ملى، فإن الوارث يجبر على الأداء ولا يكون للبائع حق الفسخ (راجع نهاية للحتاج ع عص١٠ مناه الثناع ع٢ ص١٠ ٣٠ وأسنى المطالب ع٢ ص١٠ م١٩ ومده على المداء وما على المتعرى أو مات ددا محم بإفلاس المشترى أو مات دفك. راجع كشاف الثناع ع٢ ص٨٠، ٢٠ (٢٠) وقال ابن رشد في الداية، إذا حكم بإفلاس المشترى أو مات مغلسا، والميم في يده أو في تركته ففي ذلك أقوال:

الأول: أن البائع مخير بين فسخ البيع واسترداد الثمن وبين محاصة الغرماه، وبهذا أخذ الشافعي وأحمد وأبو ثور. الشّأني: ينظر إلى قيسمة السلمة يوم الحكم بالتفليس فيإن كانت أقل من الثمن خيسر البائع بين أخذها أبعد فيسخه البيع". وبين محاصة الغرماه، وإن كانت مساوية أو أكثر فسخ واستردها إن أواد، وبه قال مالك وأصحابه. ومعنى ذلك أن له الخيار في الحالين غير أنه لايتظر منه اختيار محاصة الغرماه في الحال الثانية.

الشَّالَثُ: نقوم السلمة يوم التفليس فإن كانت مساوية للثمن أو أقل قضى بها للبائع. وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه وضم الباقى إلى مال الفلس ليتحاص فيه الغرماء، وبه قال جماعة من أهل الاثر.

ألرأبع: الباتع أسوة الفرماء فى جميع الاحوال، وبه قال أبوحنيفة .١. هـ اج٢ ص٢٣٧، وفى الشرح الكبير للدردبر : إذا أفلس المشترى أو مات مفلسا والمبيع لا يزال فى يد الباتع فهو أحق به وله فسخ العقد، أما إذا كان فى يد المشترى، فإن حكم بإفلاسه كان كذلك له حق فسخ العقد واسترد المبيع، وإن مات مفلسا لم يكن له فسخ العقد وكان أسوة الغرماء .١. هـ. اح٣ ص٢٨٣٠ ، ٢٨٣٤.

تسلم البدلين في الميع: يجب على المشترى أن يبدأ بتسليم الثمن أولا، ثم يتلو ذلك تسليم المبيع، وهذا إذا كان المبيع عرضا حاضرا غير غائب، والثمن نقدا وحالا، وليس للمشترى خيار، وعلة ذلك أن يتعين الثمن بتسليمه كما تعين المبيع بتعيينه في العقد (١).

فإن كان البدلان من العروض أو من النقود كان تسليمهما في وقت واحد تحقيقا للتساوى بين البدلين (٢).

ومنونة التسليم المتعلقة بالمبيع كأجرة الكيل والوزن والقياس يلزم بها البائع؛ لأن الواجب عليه بمقتضى العقد أن يسلم المبيع إلى المشترى في مكانه وقت العقد (٢) ما لم يشترط عليه المشترى أن يسلمه إليه في مكان معين، فإن اشترط عليه هذا لزم الشرط، وإن لم يشترط وجب عليه أن يتسلمه حيث هو ، سواء أكان يعلم بمكانه أم لم يعلم، غير أنه إذا لم يكن يعلم بمكانه وقت التعاقد، ثم علم بعد ذلك كان له الخيار في العقد.

والمؤن المتعلقة بالثمن وتسليمه كعده ووزنه وكتابة سند البيع، وكذلك ماينفق في حمل المبيع إلى مـخازن المشترى أو داره يلزم بها المشــترى، لأن عليه أن يؤدى الثمن وأن يتسلم المبيع حيث وقت العقد كما ذكرنا (٤).

وتسليم المبيع يكون بأن يخلى البائع بينه وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل ولا مانع، وذلك يختلف باختلاف حال المبيع (د)، فإن كان دارا فتسليمها يكون بدفع مفتاحها إليه وإن كانت قريبة، وإن كان منقولا فتسليمه يكون بمناولته، أو بإذنه بأن يتناوله، وهكذا، وإن كان مكيلا أو موزونا فتسليمه يكون بذلك، ويكيل المبيع أو وزنه ووضعه في أوعية المشترى. ولا يتم التسليم إلا إذا كان العقار أو المنقول غير مشغول بملك البائع، فإذا كان دارا مشغولة

⁽١) وإذا شرطا في العبقد في هذه الحال أن يسلم المبيع قبل تسليم الثمن فبالشرط فاسبد مفسد للعبقد لأنه مخالف لمتنضاه ولأنه يتضمن تأجيلا مجهولا. فتح هج٥ ص٨٥٤.

⁽٢) الدر المختار (ج؛ ص١٤٦.

⁽٣) الهندية (ج٣ ص٢٧).

⁽٤) الدر المختار ورد المحتار (ج٤ ص٤٦). والهندية (ج٣ ص٢٧، ٢٨٠.

⁽٥) راجع رد المحتار (ج٤ ص٤٧) ومابعدها.

بأثاث البائع، أو مكتبة مشغولة بكتبه، فلا يتم التسليم إلا بعد تفريغ الدار والمكتبة، وإن كان المبيع شاغلا فتسليمه يتم بتسليمه مع ظرفه، وعلى الجملة فما يعده العرف تسليما يكون تسليما، وما لايعده تسليما لا يعد تسليما.

وعلى ذلك إذا قبض المشترى المبيع على مرأى من البائع ولم يمنعه عد ذلك تسليما من البائع (١)، سواء أكان قبل قبض الثمن أم بعده، فإن تسلمه المشترى بدون علم من البائع، وكان ذلك قبل أدائه الثمن لم يعتبر ذلك قبضا إلا إذا هلك أو تعيب عنده، وكان للبائع في هذه الحال أن يسترده لحبسه عنده حتى يقبض الثمن.

احكام البيع

البيع إما باطل، وإما فاسد، وإما صحيح: فيكون باطلا إذا لم تتوافر فيه جميع شروط انعتقاده، ويكون فاسدا إذا توافرت فيه شروط الانعتقاد، ولم يتوافر فيه جميع شروط صحته، ويكون صحيحا إذا توافرت فيه جميع شروط انعتاده وصحته، وقد بينا هذه الشروط فيما مضى.

حكم البيع الباطل: هذا النوع من البيع لايترتب عليه أى أثر لعدم انعقاده. وإذا قبض المسترى المبيع به ولم يملكه، وإن هلك عنده بلا تعد كان ضامنا له على أصح القولين^(۲). وهو قول الصاحبين، وقال الإمام: لاضمان عليه، لأنه قد قبضه بتسليط من بائعه، فيكون في يده أمانة، ووجه قولهما أن المشترى لم يقبضه نائبا عن مالكه، وإنما قبضه ليكون لنفسه، فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، والمقبوض على سوم الشراء مضمون فيكون ذلك أيضا مضمونا^(۳).

حكم البيع الفاسد: لايترتب على البيع الفاسد قبل قبض المبيع أى أثر، فليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بإنفاذ هذه المبادلة، وعلى كل منهما أن

⁽١) رد المحتار اج٤ ص١٤٧.

⁽٢) وقد روى هذا أيضًا عن الإمام.

⁽٣) راجع الهداية وفتح القدير ٥ح٥ ص١٨٧.

يمتنع من تنفيذها، وهذا هو حكم البيع الفاسد في جميع أحواله عند الـشافعي ومن ذهب مذهبه.

أما بعد قبض المبيع فلدينا حالتان:

الحال الأولى: أن يكون المشترى قد قبض المبيع بغير إذن من بائعه، وحكم العقد في هذه الحال كحكمه قبل القبض، فلا يترتب عليه أى أثر، وتعتبر يد المشترى حينئذ يد ضمان لتعديه بقبض المبيع من غير إذن مالكه، ولا يستوجب عليه البائع بهذا القبض ثمنا، وإذن فعليه أن يسترد ملكه، وعلى المشترى أن يرده إليه، فإن هلك عنده هلك مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه.

الحال الثانية; أن يكون المشترى قد قبض بإذن من مالكه (۱۱)، وحكم العقد فى هذه الحال أنه يفيد الملك، فيتملك المشترى المبيع حين في بقبضه (۲) ولكنه ملك غير لازم فيجب على كل واحد من العاقدين فسخه (۲)، ورد ما قبضه من مال ما لم يمنع من ذلك مانع (٤) فإن قام أحدهما بذلك، وإلا فسخه القاضى جبرا

 ⁽١) أى سواء أكان الإذن صريحا كـأن يقول له اقبضه أر يسلمه إليه، أو دلالة كأن يقبضه المشترى في مجلس العقد بحضرة البائع وهو ساكت، اللعر المختار عج٤ ص١٣٣٨.

⁽٢) ويستنشى من ذلك بيع البمازل فلا يفيد الملك بالقبض، ذلك لأنه فى منزلة بيع شرط فيه الخيار، فإن البازل لايقصد أن يترتب كمذلك على العقد أثره فى الحال، والبيع لايقصد أن يترتب كمذلك على العقد أثره فى الحال، والبيع شع شرط الحيار لا يفيد الملك بالقبض فيكون بيع البازل مثله، وكذلك يستنى بيع الاب ماله لطفله وشراؤه مال طفله لنفسه إذا كان ذلك العقد فاسما فلا يشبت الملك فيه بالقبض المتقدم على العقد بل يجب أن ينضم إليه أن يستعمل الاب المبيع، رد المختار هج٤ ص١٣٥٥.

⁽٣) إذا قام أحد العاقدين بفسخ العقد وجب علم الآخر به حتى يلزمه ذلك الفسخ، وعند أبى يوسف لايشترط العلم، فتح القدير وجه ص٢٣١.

⁽٤) يمنع من رد المبيع في البيع الفاسد هلاكه في يد المشترى وزيادته زيادة متصلة غير متولدة لايمكن تسليمه إلا بها كصبغ الثوب، أما الزيادة المتولدة فلا تمنع سواء أكانت متصلة أم منصلة، وكذلك المنفصلة غير التولدة كالاجرة، وإذا فسخ العقد في هذه الحال فرد المبيع ردت صعه زيادته إلى البائع، وإذا هلكت الزيادة المنفصلة المتولدة فبل المرد عند المشترى بلا تعد فلا ضمان عليه، وإذا استهلكها ضعن قيمتها. أما غير المتولدة فلا يضمنها المشترى مطلقا إذا هلكت عنده أو استهلكها، ذهب إلى ذلك الإمام وذهب صاحباه إلى أن حكمها حكم المتولدة لا فرق بينهما، وكذلك يمنع رد المبيع وفسخ العقد أن يتصرف المشترى فيه بعد قبضه تصرفا بستوجب لغير، حفا كبيعه بلا شرط خيار وهبته مع تسليمه، ووقفه، ويستنى من ذلك البيع القامد بالإكراء فإن تصرف المشترى في المبيع به لا يمنع رده عند الفسخ بل تنقض جميع تصرفاته ويرد المبيع، ووجه ذلك أن الفساد في البيع مع الإكراء لحق العبد فإذا تعلق بالبيع حق البائع لأنه سابق عليه فكانت مراعاة حق البائع أولى. والفساد في غير بيع المكره لحق الله تعالى فإذا تعلق بالمبيع عندنذ حق لعبد قدم على حق الله تعالى، لاستغنائه وحاجة العبد، رد المحتار (ح٤ ص١٢٤) ومابعدها وفتح القدير وج ص٢٢٧٥، وما بعدها إلى ص٢٤٥.

عنهما، وحينئذ يسترد كل عاقد بدله، فيرد المبيع إلى بائعه ويرد الثمن إلى المشترى إن كان قد أداه، فإن لم يكن قد دفعه فلا شيء عليه.

أما عند وجود المانع من الفسخ ورد المبيع فإن ملك المشترى يصبح لازما، وعليه رد الثمن مع ذلك وأن يدفع إلى البائع مثل المبيع إن كان مثليا، وقيمته وقت قبضه (١) بالغة مابلغت إن كان قيميا (٢).

والبيع الفاسد نوعان: أحدهما مايرتفع فساده بارتفاع المفسد، ومن ذلك بيع المكره والهازل، فلكل منهما أن يمضيه بإجازته بعد العقد، فيرتفع الفساد ويلزم العقد، ومن ذلك أيضا كل بيع لحقه الفساد بمفسد عارض يمكن إزالته في المجلس إذا أزيل في نفس المجلس، وذلك كالفساد بسبب جمهالة لحقت المبيع أو الشمن فارتفعت قبل تفرق المتبايعين، وثانيهما نوع لا يرتفع فساده كالبيع بالحمر أو الحنزير،

حكم البيع الصحيح: البيع الصحيح قسمان: بيع موقوف، وبيع نافذ. فالموقوف ما لم تتوافر فيه جميع شروط النفاذ التي أشرنا إليها فيما مضى، وحكمه أنه لايفيد أثرا ما قبل إجازته عمن له حق الإجازة، والنافذ ماتوافرت فيه جميع شروط النفاذ وحكمه أنه يفيد مايأتي:

(١) إلزام المشترى بأن يدفع الثمن عند حلول أجله إذا كان مؤجلا، وبأن يدفعه في الحال قبل تسليم المبيع إليه إذا كان حالا، وهو من النقود، والمبيع حاضر.

(٢) إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى في الحال عند تأجيل الثمن، أو بعد قبضه الثمن إن كان نقدا حالا، أو مع قبضه له إن كان عرضاً. ٠

(٣) ضمان البائع الثمن للمشترى عند استحقاق المبيع أو عند هلاكه فى يد البائع، أو إتلافه عنده بفعل أجنبى إذا ما اختار المشترى فسخ العقد، وكان جميع ذلك بعد قبض الثمن.

(٤) ضمان المشترى ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن.

⁽١) وعلى ذلك إذا زادت قيمة المبيع في يد مشتريه ثم هلك بعد ذلك لم يلزمه إلا قيمته وقت قبضه وإن كانت على النصف من قبيمته وقت استهلاكه، وذهب محمد إلى أن الواجب على المشترى هو القيمة وقت استهلاكه لأن الضمان ينقرر عليه في ذلك الوقت، فتح القدير قج٥ ص٢٣١٠.

⁽٢) إذا كان الفساد بسبب الإكراء فهلك أو تصرف فيه المشترى تصرفاً لايمكن نقضه فإن المالك بالخيار إن شاء ضمن المكرء قيمته يوم السليم أله يوم ضمن المشترى أى القيمتين أراد: قيمته يوم التسليم أو يوم امتنم رده بسبب الهلاك أو التصرف، رد المحتار ﴿ج٥ ص ١٩١٠.

المرابحة والتولية والوضيعة

ينقسم البيع بالنظر إلى الثمن الذي يتفق عليه المتبايعان أربعة أقسام:

- (١) بيع المساومة.
 - (٢) المرابحة.
- (٣) بيع الوضيعة.
- (٤) بيع التولية ^(١).

وذلك لأن الإنسان إذا باع مايملك بما تصل إليه مساومته مع المشترى من الثمن دون نظر إلى ماقام به عليه المبيع من مال فذلك بيع المساومة. وهو البيع العادى، وإذا باع الشيء على أنه إنما يبيعه بما قام به عليه من مال وهو كذا فذلك بيع التولية، ومثاله: أن تشترى دارا بألف جنيه فتبيعها بما قامت عليك من ثمن ونفقات أنفقتها عليها في سبيل شرائها وإصلاحها وغير ذلك من كل مايجرى العرف بضمه إلى الثمن وجملة ذلك ١٢٠٠ جنيه. وإذا باعه على أن يكون ثمنه هو ماقام به عليه من مال وهو كذا مضافا إليه ربح مقداره كذا، فهذا بيع المرابحة. وإذا باعه بأقل مما قام به عليه من مال بمقدار كذا وأنه قام عليه بكذا، فهذا بيع المرابعة.

وقد جرى عرف الناس بالتعامل على هذا الوجه، واتخاذ ماقام به المبيع على البائع أساسا في الرضا به. فكان هذا التعامل صحيحا لذلك.

وإذا ظهرت خيانة البائع فيما ذكره من ثمن أو نفقات، فزادت فيهما أو فى أحدهما بأن ذكر أن ثمن المبيع عشرون قرشا، وظهر أن حقيقته خمسة عشر قرشا، أو أنه أنفق عليه فى الإصلاح عشرة قروش، وظهر أنه لم ينفق عليه ذلك المبلغ، إذا ظهر شيء من ذلك، كان للمشترى عند الإمام الخيار فى المرابحة والوضيعة، فإن شاء أخذ بالثمن الذي بين فى العقد على ما فيه من زيادة، وإن شاء ترك، أما فى التولية فله حق إسقاط الزيادة، وليس له فيها الخيار، وذهب أبو يوسف إلى أن له الحق فى إسقاط الزيادة فى كل من المرابحة والوضيعة والتولية، وليس له الخيار،

⁽١) التولية من وليت، وليتْ فلانا أمر كذا أى جعلته وليا عليه، وسمى هذا النوع من البيع بذلك لأن البائع فيه بجعل للمشمتري ولاية على المبيع بمثل الثمن الذي قام به عليه فقام فيه مقامه.

وذهب محمد إلى أن له الخيار في الأنواع الثلاثة، فإن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن المبين، وليس له الحط.

وجه قول الإمام أن البيع قد تم على أنه مرابحة أو تولية أو وضيعة، وإذن فلابد من أن يتحقق هذا المعنى، وذلك بزيادة الثمن فى المرابحة عما قام به البيع على المشترى ونقصه فى الوضيعة عن ذلك ومساواته له فى التولية. وكل من الزيادة والنقص يتحقق بأية زيادة وبأى نقص، فإذا ماكذب البائع فى البيان، فذلك لحمل المشترى على الشراء بما سمى من ثمن والرضا به، فيتم معه البيع لتحقق معنى المرابحة بالزيادة التى زادها البائع وتحقق معنى الوضيعة بالنقص الذى نقصه (۱۱)، وإن أخفى عن المشترى قدر ذلك فى الحقيقة، ولكن لما كان الرضا به لم يتم إلا على وضع خاص، وهو أنه ينيد على الثمن الذى اشترى به البائع زيادة فيترتب عليه الخيار، فإن شاء أمضى البيع على ما تم، وإن شاء فسخ لفوات ذلك فيترتب عليه الخيار، فإن شاء أمضى البيع على ما تم، وإن شاء فسخ لفوات ذلك وإذن يكون الأساس هو الثمن الأول، فيكون للمشترى الحق فى نقص الزيادة وإذن يكون الأساس هو الثمن الأول، فيكون للمشترى الحق فى نقص الزيادة وأخذ المبيع بالثمن الأول فقط، حتى يتحقق معنى التولية، إذ إنه لو أخذ بما تم عليه العقد لم يكن العقد تولية، وهو ماعقد إلا على هذا الأساس.

ووجه قول أبى يوسف أن الأساس فى الأنواع الثلاثة هو الثمن الأول بدليل أنه إذا كان معلوما للعاقدين يتم العقد بينهما بذكر لفظ المرابحة والوضيعة والتولية وإذن فذكر القادير يعتبر شرحا وتفسيرا، فإذا ما كذب فيه وجب الرجوع إلى الأساس، وهو الشمن الأول، فيتم العقد بالبناء عليه فى الأنواع الشلائة، وتحط الزيادة جبرا عن البائع، وعلى ذلك إذا باع شخص كتابا بمائة وعشرين قرشا مرابحة على أن الربح ٢٠ فى المائة، فقط فظهر أن الثمن الأصلى ثمانون قرشا، فإن المشترى يحط الزيادة ويأخذ الكتاب بستة وتسعين قرشا، وإذا باعه بتسعين قرشا وضيعة على أنه قد حط من ثمنه ١٠ فى المائة فظهر أن ثمنه سبعون قرشا أخذه بثلاثة وستين قرشا وهكذا.

ووجه قول محمد أن العبرة في المعاوضات بما تم الاتفاق عليه في العقد من

⁽¹⁾ إذا غالى البائع في الكذب فذكر للمشترى أن ببيع وضيعة، وكان مااتفقا عليه من الثمن على هذا الاساس أكثر من الثمن الحقيقي فكيف يكون معنى الوضيعة في هذه الحال متحققا؟ وما رأى الإمام إذن؟ لأن التعليل لايشمل هذه الحال، ولعله برى فيها أن يحط الزيادة حتى يتحقق معنى الوضيعة.

الثمن المقدر، إذ به يتم الرضا وينعف البيع، وما صاحب ذلك من ذكر المرابحة أو التولية أو الوضيعة فإنما هو للترويج فقط، فإذا فات ذلك ترتب على فواته أن يكون للمشترى الخيار في الفسخ، وإذن فإما أن يمضى البيع على ماتم، وإما أن يفسخ، وذلك عندى أوجه الأقوال: لأن ذلك نوع من التغرير به، وبه يشبت خيار الفسخ، وأخذ المبيع على أساس الشمن الأول لم يتم به رضا حقيقى فلا يصار الدائم

بأب السلم

السلم: السلّم السلّم فيه، وزنا ومعنى، ويريد به الفقهاء بيع آجل بعاجل، فالآجل البيع وهو المسلم فيه، وصاحبه هو المسلم إليه، والعاجل هو الثمن، وهو رأس مال السلم، وصاحبه هو المسلم، وهو كذلك رب السلم، وبتمامه يتملك المسلم إليه الثمن فى الحال، ويشبت المسلم فيه فى ذمته دينا للمسلم يتملكه عند تسليمه إليه، ومثاله أن يشترى رجل من آخر مائة قنطار من قطن كذا (ويبينه بيانا كافيا» بخمسمائة جنيه تدفع إليه الآن على أن يسلمه القطن بعد أربعة أشهر مثلا فى مكان كذا، ويتم التعاقد على ذلك، وفى هذه الحال لا يجوز للمسلم أن يتصرف فى المسلم فيه قبل قبضه لأنه بيع منقول، فلا يجوز له أن يبيعه ولا أن يسلم فيه.

ولايصح السلم عند الحنفية إلا فيسما يمكن ضبطه وتعيينه، وصف وقدرا كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة والمتماثلة، فلا يصح فى العدديات المتفاوتة إلا إذا بينت أحجامها وأرصافها إلى درجة تجعلها متقاربة، ولايصح فى الحيوان ولا فى الجواهر ولافى الأراضى.

وذهب مالك والشافعي إلى أنه يصح في الحيوان، وفي كل مايمكن ضبطه وصفا ويصح أن يثبت في الذمة كاللحم وكثير من الأطعمة (٢)، وعلى ذلك يصح عند الشافعي في العدديات المتفاوتة، ولكن على أن تكون موزونة.

وبناء على مــاذكر يصح السلــم اتفاقــا فى جمــيع أنواع الحبــوب، وفى كل مايوزن ويذرع ويعد.

والأصل فيه قوله ﷺ : امن أسلم في شيء فَــَلْيُسُلِّم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.

⁽١) راجع الهداية ونتح القدير (ج٥ ص٢٥٢) ومابعدها.

⁽٢) راجع نهاية المحتاج في كتاب السلم (ج١٤ والشرح الكبير للدردير (ج٣ ص١٩٦٠.

شروطه: ويشترط فيه مايأتي:

- (۱) قبض رأس ماله في المجلس قبل الافتراق بعد بيانه بيانا تاما، فإذا تفرق المتعاقدان قبله انفسخ العقد (۱)، وعلى ذلك لايجوز للمسلم إليه أن يتصرف فيه قبل قبضه بالتنازل عنه أو الشراء به من المسلم، لأن في ذلك تفويتا لحق الشرع وهو القبض في المجلس.
- (٢) أن يكون المسلم فيه مسوجودا بالأسواق وقت العقد وأن يستسمر وجوده إلى وقت وفائه، وذلك ليكون العقد بعيدا عن الغرر، فإذا انعدم في هذه الفترة من الزمن أو في الإيضاء فسسد كما في العناية، وفي الزيلعي أنه إذا لم يوجد وقت الإيفاء يفسد السلم عند زفر ويسترد رب السلم ماله، وعند أثمتنا الثلاثة يكون له الخيار إن شاء فسخ العقد واسترد رأس مال السلم، وإن شاء انتظر وجوده. وهو مذهب الشافعي (٢).

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جـواز السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده في وقت الوفاء، وهذا ظاهر الوجهة (٢).

- (٣) أن يكون مؤجلا، واختلف الحنفية في أقل أجل يقبل، فقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والفتوى على أنه شير، فإن كان دونه لم يصح به، وذهب الشافعي إلى أنه ليس بشرط (٤) والتأجيل إلى الحصاد أو الجداد وما ماثل ذلك جائز عند مالك(٥)، وعند أحمد على رواية، ولايجوز عند أبى حنيفة والشافعي للجهالة، وهو رواية عن أحمد.
- (٤) بيان جنس المسلم فيه كقطن وبر وشعير، ونوعه كمقطن أشموني، وبر هندى، ووصفه كمسجيد وردىء وقدره كيسلا أو وزنا أو عددا، ولابد في المذروعات من بيانهما بيانا تاما بذكر أطوالهما المختلفة وجمميع الأوصاف التي تتعلق بنسمجها وخيوطها.

⁽۱) وأجاز مالك تأخير قبضه بعد العقــد إلى ثلاثة أيام فإن أخر أكثر من ذلك وكان هذا مشروطا فى العقد فسد السلم، وإن لم يكن مشروطا فيه، فقولان: قول بصحته، وقول بفساده. الشرح الكبير "ج٣ص١٩٦.
(٢) النهاية (ج٤ ص١٩٦.

⁽٣) الشرح الكبير للدردير (ج٣ ص٢١٢) . والنهاية (ج٤ ص٨١٨). وكشاف القناع (ج٢ ص١٢٨).

⁽٤) النهاية اح٤ ص١٨٥.

⁽٥) شرح الدردير الكبير (ج٣ ص٦٠٦.

⁽٦) النهاية (ج ٤ ص١٨٦، وكشاف التناع (ج ص١٢٦».

(٥) بيان مكان الإيفاء فيهما له حمل ومؤونة، والبلد الصغير جميع أماكنه سواء، أما الكبير فلابد من تعيين مكان الإيفاء فيه. وأما مالا حمل له ولا مؤونة فلا يشترط في الإسلام فيه ذلك، ولكن لو عين له مكان لزم.

وفاة أحد عاقديه: وإذا توفى رب السلم حل وارث ه فيه محله، وإذا توفى المسلم إليه بطل الأجل، لأن الدين يحل بموت المدين، وإذن يشترى المسلم فيه من تركت فى الحال، ولذا اشترط وجوده من وقت العقد إلى وقت الإيفاء، خشية موت المسلم إليه فى المدة.

الاستصناع

الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مطلوب عبله، وذلك كأن تستصنع حذاء أو ثوبا أو طربوشا أو أريكه ونحو ذلك، وقد تعارفه الناس وجرى عليه التعامل منذ القدم، فجاز لذلك استحسانا، وهو بيع يشبه الإجارة، حتى قال بعضهم إنه إجارة فى الابتداء، بيع فى الانتهاء، لما فيه من طلب العمل ابتداء ولذا يبطل بوفاة كل من المستصنع والصانع، ويشترط لصحته مايأتى:

- (۱) بيان المصنوع بيانا تاما يحول دون النزاع بعد صنعه، فيبين جنسه ونوعه وقدره وجميع أوصافه وذلك باختلاف حال المصنوخ.
- (۲) أن يكون فيما يجرى التعامل باستصناعه كالأحذية والأوانى والملابس وغيرها فإن حصل فيما لم يجر به تعامل الناس كان سلما، واشترط فيه جميع شرائط السلم الماضية من قبض رأس المال في المجلس وذكر الأجل إلى آخر مابينا وإلا كان فاسدا.
- (٣) ألا يكون موجلا إلى أجل يصح معه السلم عند أبى حنيفة، وعلى ذلك إذا خلا من الأجل أو أجل إلى أجل دون الأجل المشترط فى السلم فإن العقد يصح ويكون استصناعا وإن أجل إلى أجل يقبل فى السلم كان العند سلما واشترط فيه مايشترط فى السلم، ووجه ذلك أن التأجيل للإمهال وتأخير المطالبة وذلك لايكون إلا عند لزوم العقد، والاستصناع عقد غير لازم كما سيأتى، فلا يتفق معه ذكر هذا الأجل، فإن ذكر فيه هذا الأجل كان دليلا على أن المراد به السلم فينعقد سلما، وعندئذ يلزم فيه أن تتوافر شرائط السلم، ولهذا إذا ذكر الأجل فيه على سبيل الإمهال بأن قال المستصنع للصانع:

على أن تفرغ من هذا المطلوب غدا أو بعد غد أو فى شهر أو فى شهرين على الأكثر كان استصناعا اتفاقا؛ لأن ذلك ليس بتأجيل ولايمنع المطالبة.

وذهب أبو يوسف إلى عدم اشتراط هذا الشرط وإن عقد الاستضناع يصح بلا أجل ومع ذكر أى أجل ترجيحا لإعمال اللفظ على حقيقته، ويحمل الأجل عند ذكره على الاستعجال لأن العقد غير لازم.

حكمه: والاستصناع عقد غير لازم من جهة الصانع؛ لأن في إلزامه بالمضى فيه ضررا وهو إتلاف ماله في عمل المطلوب، فكان له أن يفسخ ولا يمضى فيه.

وإذا شرع فى العمل فأتم المطلوب كان له أيضا أن يبيع ما صنعه لغير المستصنع ويفسخ العقد، لأن ماصنعه لايتعين محلا للعقد إلا إذا رضيه المستصنع فإذا رآه المستصنع ورضيه لم يكن للصانع بيعه ولافسخ العقد، وكان للمستصنع حينئذ أخذه جبرا عن الصانع، وله مع ذلك تركه بخيار الرؤية إذا رآه وفسخه قبل أن يراه، أما ثبوت الخيار له، فلأنه قد اشترى شيئا لم يره، وأما جواز فسخه قبل الرؤية فلشبوت هذا الخيار له، وقد علمت أن من له خيار الرؤية يثبت له الفسخ قبلها.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لاخيار له ويجب عليه المضى فى العمل؛ لأنه بائع ولاخيار للبائع إذا باع ما لم يره، وروى عن أبى يوسف أنه لاخيار لواحد منهما، أما الصانع فلما بينا وأما المستصنع فلما يترتب على ثبوت الخيار له من الإضرار بالصانع.

قال الزيلعى: والصحيح أن الصانع لاخيار له وأن الخياد للمستصنع فقط. وذلك لايخلو عن نظر إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف، ولذا فالأوجه عندى مانقل عن أبى يوسف من أنه لاخيار لأحدهما.

والاستصناع يفيد ثبوت ملك المستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت ملك الصانع في الثمن ملكا غير لازم على مابينا من الخلاف في ذلك.

بيع الوفاء

قد يكون البيع باتا لارجعة فيه وقد يكون على غير ذلك فيشترط فيه أنه متى رد البائع الثمن إلى المشترى رد المشترى إليه المبيع، وهذا هو بيع الوفاء.

وقد فزع الناس إلى هذا النوع من البيع حينما رأوا حبرمة الربا، واضطروا إلى الاستدانة، وكف أصحاب الأموال عن الإقراض إلا بمنفعة، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن من طريق لايعد ربا، وهيهات لهم ذلك؛ لأن الحرام حرام من أى طريق وصلوا إليه، وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن هذا البيع غير صحيح، وأن المنعقد به إذا ما أعقبه تسليم المبيع عقد رهن فله جميع أحكام الرهن، ولذا لايملك المشترى المبيع ولايحل له أن ينتفع به ولا أن يتصرف فيه، وإذا عين لرد الثمن زمنا فلم يرد فيه كان للمشترى أن يطالب ببيع المبيع في سبيل الوفاء بدينه، إلى غير ذلك من أحكام الرهن التي ستعرفها في كتاب الرهن، وذلك هو أرجح الأقوال في بيع الوفاء.

الإقالة

الإقالة: رفع العقد وفسخه. وركنها: إيجاب وقبول دالان على الرضا بفسخ العقد، والأصل فيهما أن يكونا باللفظ كأقتلك وفسخت البيع وقبلت ذلك، وقد يتمان بالفعل كأن يتراد المتعاقدان «البائع والمشترى» البدلين.

وتصح من المتعاقدين ومن ورثتهما ومن وصيهما، ولاتصح من ناظر الوقف، ولا من الوصى على اليتيم إلا إذا كان فيها خير للوقف ولليتيم. وتصح إقالة الإقالة، وعند ذلك يعود العقد الأول كما كان.

شروطها: ويشترط فيها اتحاد المجلس، وأهلية العاقدين، وبقاء المبيع موجودا في يد المشترى حين الإقالة ؛ فإذا تلف جميعه لم تصح لزوال المحل، وكذلك إذا تلف بعد تمامها قبل رده كما في البيع، وإذا تلف بعضه صحت في الباقى منه بحصته من الثمن، وإذا كانت مقايضة فتلف أحد البدلين صحت في البدل الباقى بقيمة البدل الهالك، لأنها ثمن الباقى، ولا يؤثر فيها هلاك الثمن إذا كان عيبا، فإذا هلك وتمت الإقالة رد مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا.

حكمها: (١) تعتبر الإقالة بالنسبة للمتعاقدين فسخا لما تم بينهما من التعاقد فترتفع جميع أحكامه الأصلية سواء أتحت الإقالة قبل القبض أم بعده، في عقار أو منقول، فإذا تقايل البيعان عقد بيع رجع المبيع إلى ملك بائعه والثمن إلى ملك المشترى كأن لم يحصل بينهما بيع.

أما ما ليس من أحكام العقد الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، فلا يرتفع،

وعلى ذلك إذا اشترى إنسان من مدينه عينا بدينه المؤجل، فإن هذا العقد يستلزم حلول الدين وسقوطه لثبوت المقاصة في الدين، فإذا ماتقايلاً هذا العقد فعاد الدين مطلوبا لم يرتفع حلوله ولايعود مؤجلا كما كان؛ لأن سقوط الأجل لم يكن من أحكام البيع الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، وكذلك إذا كان بهذا الدين كفيل فبريد الكفيل لسقوط المطالبة عن المدين بسبب البيع ثم تقايلا لم تعد الكفالة بعد سقوطها لذلك السبب نفسه.

(٢) تعتبر كذلك فسخا بالنسبة لغير العاقدين ـ إذا تمت بالتراد في البدلين بينهما أو بلفظ المتاركة «كتاركتك البيع» أو بلفظ المفاسخة «كفاسختك البيع» ـ في جميع الأحوال تحقيقا لمعنى اللفظ أو مايدل عليه الفعل، وإن تمت بلفظ الإلة كأقتلك وكانت بعد القبض اعتبرت بيعا جديدا سواء أكانت في عقار أم منقول، فيترتب على سائر العقود المبتدأة من شفعة وغيرها، وإن كانت قبل القبض اعتبرت كذلك بيعا جديدا إذا كانت في عقار لجواز بيع العقار قبل قبضه، وإذا كانت في منقول اعتبرت فسخا لعدم جواز بيع المنقول قبل قبضه.

وعلى ذلك إذا بيع عقار، فلم يطلبه شفيعه بحق الشفعة، ثم تحت إقالة العقد بلفظ الإقالة ثبت له بها حق المطالبة بالشفعة، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده، فإن تحت بلفظ المفاسخة لم يثبت له بها هذا الحق لما قدمنا.

القرض

القرض: عقد يفيد تمليك مثلى على أن يعوض بمثله، وبناء على ذلك لا يجوز القرض فى القيميات إذ لا يستطاع رد مثلها، وإنما يجوز فى الأموال المثلية، مكيلات أو موزونات مما لاينتفع به إلا باستهلاكه، كالنقود والحبوب والزيوت وما أشبه ذلك.

شروطه: القرض شبهان، أحدهما أنه في ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه إخراج بعض المال من ملك المقرض بدون عوض في الحال. وثانيهما أنه في نهايته شبيه بالمعاوضة من ناحية أنه ينتهى بأداء مثل القرض إلى المقرض فيستوفى مثل ما أخرجه من ملكه.

وينبنى على الشبه الأول أن المقرض يجب أن يكون من أهل التبرع، فلا يجوز القرض من محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو عته، ولا من ولى على أموال هؤلاء على القول الأصح.

وينبنى على الشبه الثانى أن الاقتراض لا ينف ذ إذا باشره بالغ رشيد لنفسه أو لمن هو تحت ولايته، فإذا باشره محجور عليه كان نفاذه، متوقفا على الإجازة من الولى، شأن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر.

وعلى ذلك إذا اقترض الصغير غير المأذون له بالتجارة مالا وسلم إليه بغير إلان من وليه لم يملكه بالقبض، ووجب رده إلى مالكه مادام قائما، فإن هلك من غير تعد لم يضمنه عند محمد لأن مالكه قد سلطه عليه بتسليمه إليه، وذهب أبويوسف إلى تضمينه لأنه مؤاخذ بأفعاله وهو الأصح.

حكمه: ولايفيد الملك إلا بالقبض عند الطرفين لشبهه بالتبرع، فإذا قبض المقترض ما اقترضه من مال تملكه ووجب في ذمته للمقرض مثله (١). وعلى ذلك لو طالبه المقرض بالوفاء حينئذ جاز له أن يدفعه نفسه وأن يدفع مثله، وليس للمقرض أن يابي.

وذهب أبو يوسف إلى أنه لايملكه إلا باستهلاكه وإنما يدخل بالقبض فى ضمانه، وعلى ذلك إذا طالبه المقرض به قبل استهلاكه وجب عليه رد نفس المال المقرض، لأنه لايزال مملوكا للمقرض.

وهو عقد غير لازم قبل القبض فللمقرض أن يأبى تسليم المال وألا يمضى، يه وبالقبض يتم، وإذا أعسر المقترض فعجز عن الوفاء وجب إمهاله إلى الميسرة.

الأجل في القرض: وإذا تم القرض على تأجيل الوفاء، وإلى أجل معين لم يلزم ذلك الأجل، وجاز للمقرض أن يطالب قبل حلول الأجل، ويكون المقرض حين للم ملزما بالأداء، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد، ووجه ذلك أن المقرض متفضل محسن وليس على المحسن من سبيل.

وذهب مالك إلى أن الأجل فيه لازم فلايجوز من المقرض أن يطلب الوفاء الا عند حلوله، لأن الوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُهَا اللَّذِينَ آمنُوا أُوفُوا بِالْعَقُودِ وَاجْبِ لَقُولُهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُهَا اللَّذِينَ آمنُوا أُوفُوا بِالْعَقُودِ ﴾ وقد تم العقد على تأجيل الأداء.

⁽۱) إذا كان القرض فاسدا كما في اقتراض مال غير مثلى أفاد الملك أيضًا بالقبض ووجب فسخه ورد المال المغترض، الدر المختار اج٤ ص١٩١٥.

باب الإجارة

الإجارة: عقد يفيد تمليك المنافع بعـوض، ولأن مخلَّه المنفعة تميز من البيع، لأن محله المبيع، وهو لايكون إلا عينا مالية كما قدمنا.

والكلام على الإجارة يكون ببيان ماياتي:

- (١) صيغة العقد.
 - (٢) العاقدين.
- (٣) العين المستأجرة ومنافعها.
 - (٤) الأجرة.
 - (٥) حكم العقد.
 - (٦) انتهاء العقد.
- (۱) صيغة العقد: علمنا أن الصيغة مجموع الإيجاب والقبول، وهما ركنا عقد الإجارة، ويكفى في بيانها ماقدمناه من الشرح في بيان الأحكام العامة لصيغ العقود وأركانها.

وقد علمت أن الإجارة يفسدها التعليق وأنها قد تكون منجزة وقد تكون مضافة، وأنها كالبيع تصح مع الشرط الصحيح والباطل ويفسدها الشرط الفاسد.

- (٢) العاقدان: هما المؤجر والمستأجر، ويقال للمؤجر مكر ومكار وآجر، وللمستأجر مكتر، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين، فأن عقلا الإجارة عقد معاوضة كالبيع فشروط العاقدين فيها واحدة، وما لهذه الشروط من أثر في العقد لا يختلف فلا موجب للتكرار.
- (٣) العين المستأجرة ومنافعها الإجارة لاترد إلا على منافع الأعيان، فمحل هذا العقد المنافع، وهي المعقود عليه في عقد الإجارة، وقد أقيمت الأعيان مقام منافعها في عقد الإجارة، واعتبر وجودها وجودًا لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين، ويستعلق بموجود في الخارج، لأن المنفعة معدومة، وقد علمت أن ذلك نتيجة لما ذهب إليه الحنفية من أن محل العقد يجب أن يكون موجودا عند التعاقد، وقد بينا ذلك فيما مضي.

ولأن الإجارة لاترد إلا على المنافع لم تصح إجارة غابة لقطع أشجارها ولا استنجار بستان لأجل ثمره، ولا إجارة أرض مملوكة لرعى مافيها من الكلأ، ولا إجارة بركة من الماء لصيد ما فيها من السمك، إلا على تأويل إجارة البركة ليتم فيها عمل الصيد، أما السمك نفسه فيملك بالاستيلاء عليه لا بالإجارة، ومن هذا كانت إجارة المرضع مراعى فيها قيامها على شئون الرضيع لا إرضاعه اللبن، وكان جوازها لحاجة الناس إليها.

شروط المعقود عليه: يشترط في المنفعة المعقود عليها ما يأتي:

(۱) أن تكون مباحة شرعا، فلا تنعقد الإجارة على المعاصى كاستشجار النائحة للنوح واستئجار شخص للاعتداء على آخر بالضوب أو بالشتم. وإذن فهذا شرط يرجع إلى انعقاد العقد.

(٢) أن تكون معلومة عند التعاقد علما تنتفى به الجمهالة المؤدية إلى النزاع سواء أكان العلم بها نتيجة للعرف أم لذكرها مع وصفها، أو مع الإشارة إليها.

فأما علمها بالعرف فهو فى مثل إجارة الدور والحوانيت، فإن استعمال الدور معروف عرفا، وكذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحى البلد، فتنعقد إجارتها على منفعته المتعارفة، لأن المعروف بالعرف كالمشروط، وعلى ذلك يتقيد بها المستأجر فلا يسخرج عنها، ومثل ذلك إجارة بعض الأراضى لزراعتها، فإن العرف إذا قضى بزراعتها بأصناف معينة وجب على المستأجر ألا يتجاوزها إلى مايضر بالأرض، ولكن إذا استأجرها على أن يزرع فيها مايشاء لم يتقيد بالعرف، لأن النص أقوى دلالة منه.

وأما معرفتها بوصفها فتكون في مثل الاستئجار على صبغ هذا الثوب بلون كذا، أو على خياطته بشكل كذا، أو على دهان المنزل أو على نقل هذا المتاع من جهة كذا إلى جهة كذا، وكما في استئجار الأرض ليزرع فيها نوع معين من النبات أو ليبنى فيها منزل أو ليغرس فيها أشجار هي كيت وكيت، واستشجار الدابة لركوبها من جهة كذا إلى جهة كذا وغير ذلك من الأمثلة.

وأما معرفتها بالإشارة فيكون في مثل الاستشجار على حمل هذا المتاع من هذه الجهة إلى هذه الجهة أو على إصلاح هذه الآلة، أو على هدم هذا البناء.

بيان المدة فى الإجارة: إذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للاستداد والبقاء ولايكفى ذكر اسمها لتحديد مقدارها كالسكنى والزراعة واللبس والخدمة وجب لتمام العلم بها ذكر مدتها حتى تكون معيارا لها ، ويكون هذا فى استنجار المنازل والأراضى والأجير الخاص، فإذا أغفل ذكر المدة فيها فسد العقد.

وفى هذه الأحوال إما أن تذكر المدة منكرة كسنة وشهر ويوم أو معينة كسنة كذا وشهر كذا، فإن ذكرت منكرة ابتدأت من وقت العقد إذا لم ينص على وقت تبدأ منه ولم يكن فى العقد خيار الشرط، كما إذا قلت : استأجرت هذه الدار سنة بعشرة جنيهات فقبل مالكها. فإن سمى وقت تبدأ منه ابتدأت منه كما إذا استأجرت هذه الدار شهرا بجنيهين ابتداء من الشهر الآتى فقبل مالكها، وإن لم يسم وكان فى عقد الإجارة خيار شرط ابتدأت من وقت سقوط الخيار، وإن ذكرت معينة اقتصرت الإجارة عليها وانتهت بانتهائها كما إذا استأجرت منزلا سنة كذا.

وتصح الإجارة أيضا مشاهرة على أن تعين أجرة الشهر ولايسمى عدد الأشهر فتقع عندئذ على الشهر الأول التالى للعقد، فإذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخها قبل مضى اليوم الأول من الشهر التالى، بشرط إعلام الأخر بدلك. فإذا مضى اليوم الأول لزمت الإجارة فيه أيضا وهكذا، وإذا كان المستأجر قد عجل أجرة شهرين فأكثر كان ذلك التعجيل دالا على مدتها فتلزمه الإجارة في المدة التي عجل أجرتها (١)، وبناء على ماذكر لايصع استشجار عامل من غير ذكر بيان العمل الذي يطلب منه، ولا استشجار مسكن أو أرض بلا بيان مدة الإجارة، ولا استشجار دابة للركوب بلا بيان مدة الركوب أو مسافته وهكذاً، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع.

⁽۱) أما إجارة المشاع فعلى التفصيل الآتى: إذا أجر الجزء المشاع للشريك فى العين المستركة فالإجارة صحيحة، سواء أكان الشيوع سابقا على الإجارة أم طارنا إذا لم يكن شريك سواء، وإن أجر لغير الشريك أو لاحد شريكيه لم تصح الإجارة عند الإمام، سواء فى ذلك مايقبل القسمة من الاعيان وما لايتبلها، وذلك لعدم إمكان تسليم الجزء المستأجر إلى المستأجر إلا بالمهاياة، والمستأجر لايستحق المهايأة إلا أثرا لعقد الإجارة، وبناء على ذلك تكون المهايأة فى وقت واحد شرطا لجواز العقد وأثرا له، وكونها شرطا له يقتضى تقدمها عليه، وكونها أثرا له يقتضى تأخرها عنه، ولايمكن أن تكون متقدمة مناخرة، فيفسد العقد لذلك، وذهب عليه، وكونها أثرا له يقتضى تأخرها عنه، ولايمكن أن تكون متقدمة مناخرة، فيفسد العقد لذلك، وذهب الصاحبان إلى جوازها إذ يكفى فى تسليم العين المستأجرة النخلية، وهى فى هذه الحال ممكنة، لأنها فى كل شيء بحبسه، وعلى قولهسما الفتوى، وقيل: بل الفتوى على قول الإمام. رد المحتار قبه ص ٢٣٠ والمسوط وج١٢٥.

(٣) أن تكون المنفعة مقدورة التسليم بالقدرة على تسليم محلها ـ وهو العين المستأجرة ـ وعلى ذلك لاتصح إجارة دابة ضالة للحمل ولا للركوب، ولا إجارة العين المرهونة ولا المستأجرة لعدم القدرة على تسليم هذه الأعيان، إما لعدم استطاعة تسليمها، وإما لتعلق حق العاقدين بها وإمساكها عنده لحقه، ولذا تنفذ إذا ما كانت مضافة إلى مابعد انتهاء حق المستأجر (١).

وعما تقدم يتبين لنا أن هذين الشرطين «الثانى والثالث» يتعلقان بصحة عقد الإجارة، وأن الإجارة عند عدم توافر أحدهما فاسدة، غير أن عدم القدرة على التسليم إذا كان سببه تعلق حق الغير بالعين كانت الإجارة صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق أو انتهاء حقه بأى سبب من الأسباب، كما قدمنا في حكم المبيع إذا تعلق به حق غير العاقدين.

(3) ألا يكون بمحلها عيب يخل بالانتفاع أو يمنعه، فإن وجد بالعين المستأجرة وقت العقد أو وقت التسليم ما يخل بالانتفاع بها لم يلزم العقد، وكان للمستأجرة فسخه، كما إذا وجد أن الأرض المستأجرة ليس لها شرب مثلا.

(٥) أن يكون محل المنفعة معروفا للمستأجر عند العقد، لأنه قد رآه، فإن لم يكن رآه لم يلزم العقد عند رؤيته، وكان للمستأجر فسخه عند الرؤية.

ومن هذا يتبين أن هذين الشرطين الأخيرين يتعلقان بلزوم عقد الإجارة.

محل العقد في الإجارة: محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان، كما في إجارة الأرض والدور والأواني والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك، وقد يكون عمل عامل، فيسمى العامل حينئذ بالأجير، كما في استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين.

إجارة الأعيان واستيفاء منافعها: إذا كان العقد على منفعة عين من الأعيان كان للمستأجر أن يستوفيها على وفق ماتم التعاقد عليه من شروط، وعلى ماهو معروف بالعرف، فإذا استأجر دابة على أن يركبها لم يجز له أن يحمل عليها، وإذا استأجرها ليحمل عليها أردبا من القمح لم يجز له أن يحمل عليها

⁽۱) رد المحتار (ح٥ ص١٥) والمبسوط (ج١١ ص١٣١).

أردبا ونصف أردب، وإذا استأجرها لتحمل لجهة معينة لم يحز له أن يتجاوزها، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطارا من القطن لم يجز له أن يحمل قنطارا من الحديد، وإذا استأجر الأرض لميزرعها نباتا معينا لم يجز له أن يزرعها نباتا أشد على الأرض منه ضررا، وهكذا لايجوز له أن يتجاوز المشروط إلى ماهو أشد منه ضررا، فإن تجاوزه إلى ذلك كان بذلك متعديا، وكان في انتفاعه بالعين في هذه الحال غاصبا، فإن عطبت ضمن قيمتها، وإن سلمت لم يلزم بأجر انتفاعه عند الحنفية، وذلك لما علمت من أنهم لا يرون المنافع متقومة إلا بالعقد عليها للضرورة. فإذا تجاوز المستأجر بتجاوز شروطه فقد استوفى المنفعة بغير عقد، وهي هذه الحال ليست بمال ولا بمتقومة، فلا يطالب ببدلها إلا في ثلاث مسائل: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعد للاستغلال.

وخالف الشافعي فألزمه بأجـر المثل، بناء على أن المنافع عنده أموال متقومة ولو لم يتم عليها تعاقد، وهذا أوجه.

وأما إذا خالف الشرط إلى ماهو أدنى منه ضررا أو إلى مثيله، فذلك جائز؛ لأن الرضآ بنوع من الضرر يعد رضا بما هو مثله أو أدنى منه، فإذا استأجر دابة لحمل أردب من القمح كان له أن يحمل عليها أردبا من الأرز، لتماثل الحالين، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطارا من الحديد، جاز له أن يحمل عليها قنطارا من التطن، لأنه أدنى ضررا.

وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف فى الاستعمال، فإذا كانت ألعين المستأجرة دابة لم يجز له أن يضربها ولا أن يكبحها بلجامها، ولا أن يسير بها سيرا عنيفا، وإذا كانت دارا لم يجز له أن يباشر فيها أعمالا توهن بناءها، وهكذا مما ينكره عليه العرف، فإذا تجاوزه كان معتديا، لأن المعروف بالعرف كالمشروط.

تصرف المستأجر في المنفعة: من الأعيان مايتفاوت الناس في الانتفاع به، ومنها ما لايتفاوتون في الانتفاع به، وإن شئت قلت: قد تختلف المنفعة باختلاف المنتفع، وقد لاتختلف باختلاف، فإذا كانت تختلف باختلاف، كركوب الدابة ولبس الثياب، فقد ينص في عقد الإجارة على المنتفع، وقد ينص فيه على التعميم، وقد يطلق فلا يتعرض فيه لذلك.

فإن نص فيه على المنتفع فاستؤجرت الدابة على ان يركبها فلان تقيد المستأجر به، فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعارة، فإذا خالف كان غاصبا، وإذا هلكت الدابة عند ذلك كان ضامنا، وليس عليه الأجر بهذا الانتفاع، وإن سلمت الدابة كما تقدم، أما عدم وجوبه مع هلاكها؛ فلأنه لايجتمع أجر وضمان، (وهي قاعدة عند الحنفية، وأما عند سلامتها فلأنه انتفاع بمغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية.

وإن نص فى العقد على الـتعميم أو أطلق تعين المنتفع بأول مـن ينتفع بها، وكأنه قد شرط فى العقد ألا ينتفع بها غيره، وإذن يعرف الحكم مما تقدم.

وإذا كانت لاتختلف باختلاف المنتفع كركوب السيارة، لم يتقيد المستأجر بمنتفع خاص، سواء أشرط ذلك في العقد أم لم يشرط، وعندئذ يبطل الشرط، فله أن يؤجر العين لغيره، وأن يعيرها إياه (١) لأنه مالك للمنفعة، ومقتضى الملك جواز التصرف، وليس في التقييد فائدة، غير أنه إذا أراد أن يؤجر العين لغيره، وجب أن تكون لغير مالكها، إذ لا يستأجر الإنسان ملكه. وألا تزيد الأجرة على الأجرة الواجبة عليه إلا في حالتين : الأولى: أن تكون الأجرة من جنس آخر غير الأجرة الواجبة.الثانية: أن يكون المستأجر قد أصلح في العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع، وإذا انتهت مدة الإجارة الأولى قبل انتهاء مدة الثانية ولم يجز المالك استمرارها الفالب أمام المالك، بل

سلامة العين المستأجرة: يجب أن تكون العين المستأجرة سليسمة من العيوب بحيث يتمكن المستأجر من استيفاء ما استحق عليها من منفعة بعقد الإجارة، لأنه ما أقدم على العقد عليها إلا ليستوفى منها تلك المنفعة، فإذا لم يؤد العقد عليها إلى استيفائها لم يكن راضيا به، وفسد العقد لذلك، وعلى هذا: إذا كان المستأجر على علم بالعين وعيسوبها حين التعاقد بأن كان رآها من قبل ثم وجدها على ما رآها عليه، لم يجز له فسخ العقد، ووجب عليه المضى فيه لرضاه بها وبعيوبها، ولكن إذا وجد بها عيبا لم يعلمه من قبل كان له بسبب ذلك خيار العيب، فإن

⁽١) راجع الدر المختار ورد المحتار ﴿ج٥ ص٤٢٤ والهندية ﴿ج٤ ص٤٧٢

شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، كما يكون له أيضا خيار الرؤية إذا استأجرها قبل أن يراها، فيثبت له الفسخ عند الرؤية، تحقيقا لكمال رضاه.

فإذا تسلمها على الهيئة التي رآها عليها، ثم حدث بها عيب بعد ذلك، فإن للذلك أحوالا ثلاثا:

الأولى: أن يكون هذا العيب غير مؤثر في الانتفاع بالعين. وفي هذه الحال ليس له حق الفسخ، وحدوثه لا يؤثر شيئا.

الثانية: أن ينقص به الانتفاع فقط، وفي هذه الحال يكون للمستأجر حق فسخ عقد الإجارة، ولا تسقط عنه الأجرة إلا بالفسخ، فإذا لم يفسخ بقى العقد وألزم بالأجرة، سواء انتفع أم لا. ولا يتم الفسخ إلا بجضرة المالك، فإذا لم يمكن ذلك بسبب غيبته أو مرضه أقام القاضى عنه وكيلا ليفسخ العقد أمامه، فإذا لم يفسخ المستأجر العقد حتى زال العيب بأى سبب زال حقه في الفسخ، ومثال ذلك أن تكون العين دارا، فيسقط منها جدار أو تنهدم منها حجرة.

الثالثة: أن يذهب العيب بكل المنفعة، وفي هذه الحال يسقط الأجر عن المستأجر فسخ العقد أم لا. وكان له حق الفسخ ولو في غيبة المالك، ومثال ذلك: أن تكون العين أرضا فيغطيها ماء النشع.

يد المستأجرة يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط المستأجرة يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط فيه، ولم يخرج في انتفاعه بها عن المعروف بالعرف، وعلى ذلك: إذا تلفت العين عنده في هذه الحال بلا تعد منه أو تقصير في المحافظة عليها فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى عليها أو قصر في المحافظة عليها، فإنه يكون ضامنا لما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان، وكذلك الحكم إذا تجاوز في الانتفاع بها حقه المشروط أو المعروف بالعرف.

وبناء على ذلك: إذا تجاوز بالدابة المحل الذى استأجرها إليه للحمل أو للركوب بما لايتسامح فيه عرفا، أو ضربها أو حمل عليها ماهو أشد ضررا، أو جعل دار السكنى مصنعا فتلفت العين بسبب ذلك أو نقصت ضمن قيمتها أو قيمة نقصها لمالكها. وكذلك إذا استأجر دابة لحمل مقدار معين من صنف، فتجاوزه إلى مالاتطيق حمله منه ولم يكن ذلك بإذن من مالكها فعطبت بسبب ذلك ضمن قيمتها. فإن تجاوزه إلى ماتطيقه عادة فعطبت ضمن من قيمتها بنسبة الزيادة إلى ماحمل عليها. فإذا كانت الإجارة على حمل قنطار من القطن، فحهلها منه قنطارا ونصفا، فعطبت بسبب ذلك، وكانت قيمتها ١٢ جنيها ضمن ثلث قيمتها وهو كم جنيهات، وعليمه الأجرة المتفق عليها، لأن العطب كان من فعل مأذون فيه، ومن فعل غير مأذون فيه، فتنقسم القيمة عليهما، وهذا بخلاف ما إذا حملها قنطارا من صنف آخر أشد ضررا كحديد، فإنه يكون ضامنا لقيمتها كلها وإن لم يتجاوز ثقل القدر المتفق عليه.

هذا كله إذا حملها المستأجر بنفسه، أما إذا شاركه فى ذلك مالكها فليس على المستأجر إلا نصف الواجب حيناذ، لأن التلف كان نتيجة عملهما جميعا فتنقسم القيمة عليهما.

ويظهر لى أن ذلك مشروط بالا يعلم مالكها ماحملته، فأما إذا علم فشارك، كان ذلك إذنا منه وتسليطا، وفي هذه الحال لاضمان.

وكذلك يكون ضامنا للعين إذا منعها عن مالكها بعد طلبها منه عند انتهاء مدة الإجارة، فإذا هلكت _ ولو من غير تعد _ كان عليه ضمانها.

أما إذا لم يطلبها مالكها فلا ضمان عليه، لأن المستأجر ليس عليه نفقات تسليم العين ولا نقلها إلى مالكها، ولكن ذلك على المالك، فعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الإجارة ليتسلمها، وعند ذلك يجب على المستأجر تسليمها فارغة، فإن كانت أرضا مشغولة بزرع لم يستحصد أو بشجر مثمسر لم ينضج ثمره، كان له استفاؤها إلى أن يستحصد الزرع وينضج الثمر بأجر المثل حتى لايناله ضرر، وإن كانت مشغولة ببناء أو شجر غير مثمر وجب عليه هدم البناء ونزع الشجر إن لم يضر ذلك بالأرض. فإن أضر بها كان للمالك أن يتملكه جبرا عن المستأجر بقيمته مستحق القلع.

إجارة العامل: وإذا كان محل العقد عملا لعامل فإما أن يكون هذا العامل أجيرا خاصا كالموظف والخادم، وإما أن يكون أجيرا مشتركا، كالحمال والدلال والطبيب.

التعریف بهما: الأجیر المشترك: من یستأجر لعمل معین لم یجعل الزمن معیارا له ولم یختص به شخص معین أو أشخاص معینون، ومعنی ذلك: أنه كل أجیر یجوز له أن یتقبل العمل من كثیر من الناس فی وقد، واحد، سواء أعمل لشخص واحد فعلا أم عمل لكثیر، وسواء أجعل الزمن معیارا لعمله عند الحاجة إلى ذلك، بأن یكون العمل بما يمتد، كرعی الغنم، أو لم یجعل الزمن معیارا له، كالاستنجار علی إصلاح آلة معینة، وذلك كالمحامی والطبیب والمهندس والبناء والحمال إذا لم یقصروا علی العمل - وإن كان عملهم لشخص واحد - وماداموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره، ويتعاقدوا معه علی ذلك. ومن ذلك: راع استأجرته ليقوم بإصلاح مبانی منزلك، فإن كلا منهما - وإن كان یعمل لزمن معین - لایمنع علیه أن یتقبل إجارة علی العمل لغیرك منهما - وإن كان یعمل لزمن معین - لایمنع علیه أن یتقبل إجارة علی العمل لغیرك فی الوقت المحدد لهملك . ولكن إذا اشترطت علیه فی العقد ألا یقوم بعمل لغیرك نفیه أجیرا خاصا غیر مشترك كما سیأتی.

والأجير الخاص: من يستأجر مدة معينة أو محددة لكى يقوم فيها بعمل لشخص معين أو أشخاص معينين على أن يكون مختصا بهم فيها، فلا يتقبل من غيرهم أن يقوم لهم بعمل فيها، كالطاهى تستأجره مدة شهر ليطهو لك، والموظف تستأجره الحكومة أو شركة من الشركات لعمل بمرتب شهرى هو كذا، والسائق بالشهر لقيادة سيارة أو عربة وهكذا.

المعقود عليه في إجارة العامل: والمعقود عليه بالنسبة للأجيس المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذي يحدثه العامل في العين بعمله، ولذا لا يحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملا ممتدا كرعى الغنم، فيحتاج حينفذ إلى ذكر المدة لتقديره، أما إذا كان عما لا يمتد فلا يحتاج إليها، وإذا ذكرت معه كان ذكرها للاستعجال فقط. ويستحق المستأجر هذا العمل على الأجير ويثبت دينا في ذمته، كثبوت الدين في ذمة المدين، ولذا لا تزدحم بكثير الأعمال، كما لا تزدحم بكثير المعمل.

 ⁽١) ولكن له خيار الرؤية فــى كل عمل يختلف باختلاف المحل كــالخياطة، فللأجيــر خيار الرؤية عند رؤية المخيط، فــإن شاه أمضى العقــد وإن شاه فسـخ، وإذا كان العــمل لايختلف باختلاف المحل لم يكن لــه خيار الرؤية. ويلزم بالمضى فى العمل، كالكيل فإنه لا يختلف باختلاف الحنطة مثلا. رد المحتار ١٩٥١ ص١٤٤.

والمعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص منفعته في المدة المبينة بالعقد، وإن شمت قلت: نفس الأجير أو وقته، ولذا يستحق الأجرة بتسليمه نفسه في المدة، وإن لم يعمل شيئا كالموظف يستحق مرتبه إذا ماذهب إلى محل عمله وإن لم يجد عملا يقوم به، وكالطاهي يستحق أجرته وإن لم يحضر له المستأجر ما يطهوه من الطعام، واستحقاقه لها يكون بحسب المدة لابحسب العمل الذي يقوم به فيها، ويمتنع عليه لما ذكرنا أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، فإن عمل فيها لغيره نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن في العمل للغير، كما لايجوز له أن يعمل لنفسه ثيئا إلا مايقضي العرف بالتسامح فيه، حتى لقد ذهب بعضهم إلى أنه لايجوز له أن يشغل نفسه فيها بأداء النافلة من الصلاة، وهذا بخلاف الأجير المشترك، فإنه لايستحق الأجرة إلا بالعمل، فإذا لم يعمل لم يستحق، كالخياط والنجار والحمال (١).

أدكام كل منهما

ا ـ استحقاق الأجرة: إذا سلم الأجير الخاص نفسه فى مدة الإجارة استحق الأجرة وإن لم يعمل، متى كان متمكنا من أن يقوم بعمله وإن منعه منه المستأجر فإذا سلم نفسه مريضا لأبستطيع عملا لم يستحق أجرته.

وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجر المدة كلها وإن استغنى عنه فيها، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يجيز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلا.

أما الأجير المشترك فلا يستحق أجرة إلا بالعمل وعلى حسبه كسما تقدم. ولابد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق أجرا عليه، وذلك كخياط خاط ثوبا ثم فتقت خياطته قبل تسليم الثوب إلى مالكه فلا يستحق عليها الأجر إلا إذا أعادها، وكذلك إذا تلف المال «محل عمله» بما فيه من عمل قبل تسليمه إلى مالكه فإن الأجير لايستحق أجرا عليه عند الإمام وصاحبيه إذا لم يكن ضامنا لقيمته بهذا التلف، فإن ضمنها بسببه كان المالك

⁽۱) ولهذا إذا استأجرت طبيبا كل شهر بكذا ليعالج مرضى مستشفى معين كان أجيرا خساصا لقصدك إلى استنجار منافعه في الزمن المحدد إلا إذا رخصت له بمعالجة غيرهم، فيكون مشتركا، ولكن إذا استأجرته لمعالجة مرضى هذا المستشفى على أن يعطى كل شهر كذا كان أجيرا مستشركا للقصد إلى استئجاره للعلاج. ولايكون خاصا إلا إذا شرطت عليه ألا يعالج غيرهم. ا.ه. . من الله المختار وحاشية رد المحتار وج٥ ص١٤٨.

بالخيار إن شاء ضمنه قيمة المال قبل العمل ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته بعد العمل وله الأجرة.

وإذا تضمن عقد الإجارة بين المستأجر والأجير شرطا أداء الأجرة في وقت معين، اتبع ذلك الشرط، فإن اتفقا على دفعها في أول المدة او في آخرها أو قبل تمام العمل أو بعده نفذ ذلك ولزم. وإن لم يشترط شيئا من ذلك ففي الأجير الخاص تعطى له الأجرة عند تمام كل مدة، وفي الأجير المشترك يختلف الحكم، فإن كان يعمل في منزل المستأجر جاز له أن يطلب أجرة ما أتم من العمل المستأجر عليه وإن لم يتمه كله، لأنه قد سلم ماعمل، وإن كان يعمل في غير منزله فليس له أن يطلب شيئا من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليم المال امحل العمل، إلى المستأجر. وقيل: لا يستحق الأجرة في الحالين إلا بعد تمام العمل، لأنه لاينتفع ببعضه كما في الخياطة مثلا، ولكن لو عجل له المستأجر الأجرة جاز وقلكها الأجير.

Y _ حبس محل العمل لاستيفاء الأجرة: وللأجير حبس محل عمله عنده حتى يستوفى أجرته، إذا كان لعمله أثر ظاهر فى المحل _ كالصباغ والخياط _ كانت الأجرة حالة. وفى هذه الحال إذا تلف المحل عنده فلا أجر له إذا لم يكن لتلف مستوجبا للضمان فإن شاء المالك ضمنه القيمة قبل عمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه القيمة بعد تمام العمل وأعطاه أجرته.

وإن كانت الأجرة مؤجلة فحبسه لأجلها فتلف، فعليه الضمان ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل.

وإذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال، فليس له حبس العين لأجل أجرته. فإن حبسها فتلفت كان عليه الضمان، ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل، فإن ضمنها بعد العمل بطلب المالك كان له الأجرة.

⁽١) وذلك إذا لم يكن النلف نشيجة تعد أو نقصير؛ لأنه لما حبسه بحق كمان أمانة في يده لعدم الشعدي بحبسه براجع الدر المختار ورد المحتار عليه ﴿ج٥ ص١١ أقول: وفي ذلك التعليل نظر. لأن البائع يحبس المبيع بعن عند خبسه لاجل الحال من الثمن ومع ذلك يكون ضماما له، وكذلك المرتهن في حبسه الرهن، والوكيل بالشراء إذا حبس المبيع عن موكله حتى يدفع إليه الثمن، وقد رأيت في البدائم أن هذه الممالة خلافية وأن عدم الضمان قول الإمام. وذّه بص صاحباه إلى الضمان. راحع البدائم ص ٤٠٤٠.

وإذا تلف محل العمل قبل حبسه عن مالكه وبعد تمام العمل وكان في حيازة الأجير فلا أجر للصائع، وأما الضمان فسيأتي حكمه، وإن كان في حيازة المستأجر فله أجر ماعمل لوجود التسليم(١).

" - بيان المدة في إجازة العامل: إذا لم تعين مدة الإجارة للأجير الخاص فسد العقد في جميع الأحوال؛ لأن الزمن معه معيار لما يطلب منه من منفعة، فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولا جهالة تفضى إلى النزاع فيفسد العقد، بخلاف الأجير المشترك، فإن تحديد مدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة إذا كانت تمتد أزمانا كرعى الغنم مشلا، وعندئذ يجب ذكرها وإلا فسد العند للجهالة. وقد يكون للاستعجال إذا كانت لاتمتد، كخياطة الشوب وخبز كيلة من الدقيق.

فإذا استأجر شخص حائكا ليخيط له هذا الثوب اليوم، أو خبازا ليخبز له اليوم هذا الدقيق، كان ذكر اليوم للتعجيل عند الصاحبين، وصحت الإجارة، وإذا لم يتم الأجير العمل في هذا اليوم أتمه في اليوم التالى. وذهب الإمام إلى أنها إجارة فاسدة؛ لأن ذكر المدة فيها مع هذا النوع من العمل مؤد إلى النزاع. فقد يحتج المؤجر بأن الأجرة على الزمن، فإذا أتم العمل في نصفه لم تلزمه الأجرة كلها، ويحتج المستأجر بالعمل فيطالب بجميع الأجرة لأنه أتمه، ولكن إذا استأجره لذلك على أن ينتهى منه اليوم، أو على أن يبدأ اليوم جازت الإجارة اتفاقا.

٤ _ إنابة الأجير غيره: لايجوز للأجير الخياص فى جميع أحواله أن يكلف غيره بإنجاز ما استؤجر لأجله، لأن العقد وقع على منافعه نفسه لا على عمل غيره، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل، لأن العقد وقع على العمل نفسه، سواء أقام به الأجير أم قام به غيره بتكليف منه، ويكون حينئذ ضامنا لما يتلف فى يد من كلفه عند الصاحبين.

٥ ـ عمل الأجير لغير من استأجره: لايجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير المستأجر في وقت العمل، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن في هذا العمل؛ لأن منفعته في ذلك الزمن ملك المستأجر، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل من يطلب منه العمل، وقد وتقدم هذا.

⁽١) راجع المبسوط (ج١٥ ص١٠٣) ، والبدائع (ح٤ ص٢١٠) ومابعدها.

1 - يد الأجيو: مال المستأجر في يد الأجير الخاص أمانة، فإذا تلف في يده لم يضمنه إلا إذا كان تلفه بتعد منه عليه أو تقصير، فإذا ماتلف الطعام من الطاهي أو انكسرت آنية من الخادم فلا يضمن أحدهما شيشا من ذلك وإن شرط عليه الضمان؛ لأنه شرط باطل مع الأمين (١)، وهو كذلك في يد الأجير المشترك عند الإمام وزفر والحسن بن زياد (٢)، وهذا هو القياس، وفي رد المحتار (١): إن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده من مال المستأجر إذا تلف بفعل غيره - وكان يمكن الاحتراز عنه - فإنه لايضمن عنده ويضمن عندهما، وأفتى المتأخرون في هذه الحال بالصلح على نصف القيسمة مراعاة للقولين، وبناء على ذلك يضمن الحمال مايسقط من يده من متاع فيتلف، والمكارى مايسقط عن ظهر دابته فيتلف إذا انقطع مليه اتفاقا، لأن التلف هنا بفعل الأجير، وكذلك إذا احترق المتاع عند الأجير حريق ليس غالبا وكان بحيث يمكن الاحتراز عنه كان ضامنا لـه عندهما، وبه نوف، خلافا به، وقد أفتى المتأخرون في مثل هذه الحال بوجوب الصلح على نصف القيمة كما ذكرنا، فيضمن الأجير نصف قيمته فقط.

وأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كأن احترق بحريق غالب مثلا، فلا يضمن اتفاقا. وتضمين الأجير المشترك حيث لايضمن الأجير الخاص استحبان، ذهب إليه كثير من السلف حتى لايكون القول بعدم تضمينه في هذه الأجوال سببا لضياع أموال الناس والتهاون في حفظها، وحتى لايكون ذلك أيضا سببا في عدم انتفاع الناس بأعمال الأجراء خوفا على أموالهم مع حاجتهم جميعا إلى ذلك.

⁽١) الدر المختار فج٥ ص٩٤٥.

⁽٢) العناية على الهداية.

⁽٣) فيه ص٥٤٥ والمسوط فيه ١٥ ص١٠١٥ ومابعدها، والبدائع فيه ٤ ص٠٢١٠ ومابعدها، ومجمع الأنهر فيم مر٢١٠ ومابعدها.

باب الأجرة

الأجرة ما جعله العاقدان بدلا عن المنفعة.

وكل ما صلح ثمنا صلح أجرة، ويصح أن تكون الأجرة كذلك منفعة من المنافع وإن كانت لاتصح ثمنا، غير أنه يشترط في هذه الحال أن يكون جنس إحدى المنفعتين مغايرا لجنس الأخرى، كأن تستأجر دارا للسكنى بزراعة قطعة أرض، وذلك لكيلا تفسد الإجارة بشبهة الربا عند اتحاد جنس المنفعتين.

ويشترط فيها أن تكون معلومة علما يرفع الجهالة التي تفضى إلى نزاع، كأن يشار إليها، أو توصف وصفا يميزها عن غيرها كما في الثمن.

ويصح تعجيلها بأدائها عقب الإجارة في جميع الأحوال، وأن يشترط ذلك في العقد إذا كانت الإجارة منجزة، أما إذا كانت مضافة فيكون شنرطا فاسدا غير ملزم. لأنه يتنافى مع مقتضاها، فإن مقتضاها إرجاء آثارها إلى الوقت الذي إضيفت إليه، ومن آثارها: تملك الأجرة وأداؤها إلى المؤجر، فيكونان مرجأين بإضافتها إلى ذلك الوقت، فلا يصح مع ذلك مخالفة هذا المقتضى باشتراط تعجيلها، لأنه إلغاء لقتضى العقد.

وإذا صح اشتراط التعجيل في الإجارة المنجزة كان للمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى أن تؤدى إليه الأجرة المسترط تعجيلها، فإن لم تؤد كان له فعنخ عقد الإجارة بسبب ذلك، كما يكون للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفى أجرته إذا كان قد اشترط تعجيلها، وله فسخ العقد إن لم تعجل إليه.

وكذلك يصح اشتراط تأجيلها وتنجيمها في العقد في جميع أحوالها فيلزم الشرط عند ذلك، وعندنذ لايجوز لمالك العين أن يحبسها حتى يستوفى الأجرة، ولايجوز للأجير أن يمتنع عن العمل لذلك، لأن الأجرة لاتلزم إلا إذا حل أجلها، فإذا لم ينص في العقد على شيء من ذلك اتبع العرف، فإن اقتضى تأجيلا أو تعجيلا كان الأمر كما يقتضى، فإن لم يكن عرف لم يجب أداء الأجرة إلا عند استيفاء المنفعة، فإن كانت الإجارة على المدة كما في إجارة الدار للسكنى والأرض للزراعة فإنها تجب وتؤدى عن كل مدة تمضى يمكن أن يجعل لها أجر معلوم بلا مشقة، وكذلك إذا وقعت على عدة أعمال كما في قطع السافات بالدابة المستأجرة

فإنها تؤدى عن كل مرحلة عند اجتيازها إذا ما تبين من العقد أجرة كل مرحلة بلا مشعة، وإن وقعت على عمل واحد كالخياطة فلا تؤدى الأجرة إلا بالفراغ من العمل كله، أما عند تمام بعضه فلا. لعدم الانتفاع به حينئذ، وقيل تؤدى عنه أيضا إذا سلم للمستأجر، كما إذا كان الأجير يعمل في منزل المستأجر، لأن المنزل في يده هو وما يحويه.

حكم الإجارة

الإجارة إما صحيحة وإما فاسدة وإما باطلة.

فإن كانت صحيحة نافذة أفادت المادلة بين ملك المنفعة وملك بدلها هو الأجرة عند استيفاء المنفعة، أو عند التمكن من استيفائها بتسليم العبن المستأجرة إلى المستأجر خالية من الموانع التي تحول دون الانتفاع بها في مدة الإجارة ومكانها، لأن ذلك هو مايستطيعه المؤجر أو مايطلب منه فكان في حكم الاستيفاء.

فإذا استوفى المستأجر شيئا من المنفعة أو تمكن من استيفائه على مابينا تملك المؤجر فى نفس الوقت بدل ما استوفى على حسب ما اتفق عليه من الأجرة، ذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يقتضى التسوية بين المتعاقدين فى تملك البدلين وتسلمها حتى لايكونا جميعا فى ملك أحدهما فى وقت واحد إذا ما سبق أحدهما الآخر بتملك بدل صاحبه، وحتى لايمتاز أحدهما بأسبقية تسلمه لما تملك، ولذا قال الحنفية: إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فكلما حدثت منفعة تمت المبادلة بينها وبين حصتها من الأجرة بمقتضى المعقد، وذلك لايتأتى وقت إنشاء العقد لانعدام المنفعة فى حينه فيتأجل انعقاده إلى وقت وجودها باستيفائها، ولذا كانت الإجارة مضافة بطبيعتها وكان الارتباط فيها بين المتعاقدين ابتداء على اعتبار قيام العين المستأجرة مقام منافعها فى حق صحة الإيجاب والقبول وفى حق تسليم العين على المؤجر، فكانت منعقدة فى الحال بالنسبة لذلك، ولذا ترتب عليها فى الحال إلزام المؤجر بتسليم العين، وإلزام الأجبر بالشروع فى العمل، وكانت فى الواقع مضافة فى حق المنفعة إلى وقت حدوثها، بالشروع فى العمل، وكانت فى الواقع مضافة فى حق المنفعة إلى وقت حدوثها، فإذا تسلم المستأجر المعين استحق المؤجر عليه الأجرة على الوجه الذى بيناه فى فإذا تسلم المستأجر المعين استحق المؤجر عليه الأجرة على الوجه الذى بيناه فى الأجرة، ولا يتملكها كلها إلا إذا عجلت فعلا أو شرط تعجيلها أو استوفى

المستأجر المنفعة المعقود عليها أو تمكن من استيفائها وذلك بتسليم العين المستأجرة في مدة الإجارة ومكانها (١).

وقال الشافعى: يتملك المؤجر الأجرة كلها فى الحال بنفس العقد، ويجب تسليمها إليه عند تسليم العين المستأجرة؛ لأن الإجارة عقد معاوضة مالية، فيبت الملك فى البدلين بنفس العقد.

ولا فرق في هذا بين الإجارة المنجزة والإجارة المضافة، غاية الأمر أن المضافة لا يترتب عليها وجوب تسليم العين المستأجرة ولا الشروع في العمل إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه، ولذا جاز للمؤجر أن يتصرف في العين قبل حلول ذلك الوقت فتنفسخ الإجارة حينئذ، وذلك كما إذا باع العين المستأجرة قبل الزمن المضاف إليه، ومن هذا يظهر أن الإجارة المضافة غير لازمة بخلاف المنجزة فإنها لازمة، وقيل إن الإجارة بنوعيها لازمة فلا ينفرد أحدهما بفسخها بغير سبب موجب للفسخ، وستعرف الأسباب الموجبة له، وعلى هذا يمنع المؤجر من التصرف في العين المستأجرة ولو كان العقد مضافا إذا ماترتب على نفاذ ذلك التصرف فسخ العقد، والقولان مصححان.

ومما ذكر يتبين أن الإجارة تخالف البيع، فإن البيع يفيد أثره في المبادلة بين العوضين في الحال وليست الإجارة كذلك.

وإن كانت فاسدة لعدم توافر شروط صحتها لم يترتب على العقد أى أثر، فلا يلزم المؤجر بتسليم العبن المستأجرة، ولا يلزم الأجير بالشروع فى العمل، وذلك كما فى الإجارة مع جهالة الأجرة أو عدم بيان المدة أو مع تأجيل الأجرة إلى أجل مجهول، أو مع عدم بيان المنفعة، وكما فى الإجارة على عمل من الأعمال على أن تكون الأجرة جزءا من المال الذى هو محل للعمل، كأن تستأجر إنسانا ليطحن البر بجزء من دقيقه (۱) ولكن إذا ترتب عليها استيفاء المنفعة فعلا وكان ذلك بناء على تسليم المؤجر أو نائبه العين المستأجرة إلى المستأجر - فى الإجارة على منفعتها - وجبت الأجرة على المستأجر عوضا عما انتفع، ولكن الأجرة على منفعتها - وجبت الأجرة على المستأجر عوضا عما انتفع، ولكن الأجرة

⁽١) راجع الأشياه قص٣٠٣ من الفن الثالث.

⁽٢) راحع الأشياء ﴿جِرَا ص ١٣٥٠.

الواجبة هى أجرة المثل فى جميع الأحوال، ولاتجب الأجرة المسماة إلا في حال واحدة. وهى أن تكون الأجرة المسماة معلومة علما تاما وأقل من أجرة المثل، لأن اتفاق المتعاقدين عليها يعد تنازلا عما فى أجرة المثل من زيادة . وقال الشافعى: يجب أجر المثل أيضا فى هذه الحال، لبطلان هذا الاتفاق بسبب فساد العقد.

ولايترتب علي تمكين المستأجر في الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل إلا في ثلاث مسائل: هي أن تكون العين المستأجرة موقوفة، أو مملوكة ليستيم، أو معدة للاستخلال، ففي هذه المسائل الشلاث تجب الأجرة بالتمكن، وإن كانت الإجارة فاسدة.

وإن كانت باطلة كان العقد لاغيا _ ولم يترتب على الانتفاع المبني عليه أثر، لأن المنافع لاتتقوم إلا بالعقد كما قدمنا، وذلك في غير المسائل المثلاث التي ذكرناها آنفا.

انتهاء الإجارة وبقاؤها: يستمر عقد الإجارة ما بقيت مدته، فإذا انتهت مدته انتهى ووجب رد العين المستأجرة إلى مالكها عند طلبها، ولا تبقى الإجارة بعد ذلك إلا لعذر يقتضى بقاءها، كما إذا انتهت المدة وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد فإنه في هذه الحال يبقى فيها إلى أن يستحصد بأجر المثل، وكذلك إذا استأجر سفينة لمدة معينة فانتهت والسفينة في عرض البحر لم تصل إلى غرضها: فإن الإجارة تبقى بأجر المثل جتى تصل السفينة إلى المكان المقصود وهكذا.

وهذا إذا لم يحدث قبل انتهاء المدة ماتنفسخ به الإجارة، أو تفسخ به، فإن حدث فى أثناء المدة ماتنفسخ به الإجارة انفسخت، إلا إذا وجد عذر يقتضى بقاءها. وذلك فى الأحوال الآتية:

(۱) وفاة المستأجر عند الحنفية فلا يحل ورثته في الإجارة محله، لأنها التزام ولا إلزام بغير النزام، ولأن المنافع لابتاء لها حتى تكون متروكة على ملك المتوفى ويرثها عنه ورثته، فلا تورث، وإذن تنتهى الإجارة بوفاته، وترد العين إلى مالكها، الا إذا اقتضى بقاءها عــذر، كما في الأرض يكون فيها زرع لم يستحصد، ففي هذه الحال وأمضالها: تبقى الإجارة إلى استحصاد الزرع أو زوال العــذر المتتضى

للبقاء بالأجرة المسماة مابقـيت المدة التي تمت بها الإجارة، فإذا انتهت واحتيج إلى بقائها مدة أخرى بعد ذلك فإنها تبقى بأجر المثل حيتند (١).

(٢) وفاة المؤجر، فإن العين المستأجرة تنتقل بوفاته إلى ورثته بالميراث، وذلك يستلزم انفساخ عقد الإجارة فيها، لأنها تتجدد كما قدمنا بحسب تجدد المنافع. وما يتجدد من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون مملوكا لورثته، فلا ينفذ فيه عقده، ومحل ذلك كما قدمنا: ألا يوجد عذر يقضى ببقائها، وإلا بقيت على الأساس الذي بيناه، كما إذا توفى المؤجر قبل وصول الدابة المستأجرة براكبها إلى المغاية التي استؤجرت لأجلها. فإن الإجارة تبقى بأجر المثل في هذه الحال، وكما في الأرض يكون فيها عند وفاته زرع لم يستحصد وقد بينا ذلك.

والمراد بكل من المستأجر والمؤجر من كان العقد له، سواء أباشره بنفسه، أم باشره عنه نائب، لا من باشسر العقد لغيسره، فلا تأثير لوفاة وكيل كل من المؤجر والمستأجر في عقد الإجارة، ولا لوفاة ولى الصغير ولا للوصى عليه، ولا لناظر الوقف إذا ما باشروا عقد الإجارة عمن هم تحت ولايتهم، لأن هؤلاء لايتصرفون لأنفسهم، وإنما يتصرفون لغيرهم.

وإذا توفى المؤجر وقد عجل له المستأجر أجرة المدة التالية لوفاته، فإن أجرة هذه المدة ـ وقد انفسخت الإجارة فيها ـ تعتبر دينا عليه للمستأجر وتؤدى إليه من تركته. ويكون المستأجر بالنسبة إليها مقدما على الغرماء الآخرين في الاستيفاء من ثمن العين المستأجرة، ولذا يكون له حبسها لديه حتى يستوفى ما عبجله، فإذا بيعت في هذه السبيل أخذ المستأجر من ثمنها أولا ما عجله من أجرة، ثم يكون

⁽۱) قال الشافعي وأحمد: إذا توفي المستاجر لم ينفسخ بوفاته عقد الإجارة، ذلك لأنه قد تملك به من المنافع ما يورث ورثه عند الوفاة، فيقوم ورثته بعد وفاته في استيفاء ماورثوه عنه من المنافع، وإذا لم يكن قد عجل الأجسرة فإتها تكون دينا في تركبته تؤدى إلى المؤجر كما يؤدى غيسرها من الديون، ومرد ذلك إلى أن المنافع عندهما أموال موجودة حكما حين العقد عليها. وذهب المالكية إلى أن ورثة المستأجر يجوز لهم عند وفاته أن يلتزموا للمؤجر بما بقي له من أجرة فيجب ذلك في أمواالهم، وعندئذ يقومون مقام مورثهم فيما بقي له من المنافع إذا رضى المؤجر بما بقي له من أجرة فيجب ذلك في أمواالهم، العقد. وإن أبي الدورثة عند وفاة لم من المستأجر أن يلتنزموا بالأجر ويقوموا مقامه أجسرت العين المستأجرة في المدة المباقية وأعطيت أجسرتها للمؤجر، حتى يستوفى مابقي من أجرة فإن بقي له بعد ذلك شيء استوفاه من تركة المستأجر، وإن فضل ضم شي، اليها.

الباقى لسائر الدائنين، ثم للورثة، فإن لم يوف ثمنها بالأجرة كان المستأجر فيما بقى منها كسائر الغرماء، ذلك هو مذهب الحنفية (١).

(٣) هلاك العين المستأجرة، فإذا استأجر دابة معينة للركوب أو للحمل فهلكت الدابة انفسخت الإجارة. أما إذا لم تكن الدابة معينة، بأن استأجر إنسانا ليحمل المتاع على دابة ما فحمل بعضه على دابة ثم تلفت لم تنفسخ الإجارة بهلاكها، واستمرت، وعلى المكارى أن يحمله على أية دابة أخرى.

(3) غصب العين المستأجرة، فإذا غصبها من المستأجر غاصب لم يقدر على دفعه انفسخت الإجارة، وذهب بعض الحنفية إلى أنها لاتنفسخ، ولكن تسقط الأجرة فقط بسبب الغصب، ويجوز للمستأجر فسخها، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ردت العين قبل انتهاء المدة، فعلى القول الأول: لايلزم المستأجر بأن ينتفع بها المدة الباقية، وعلى الشانى: يلزم بها، وعليه حصتها من الأجرة، إلا إذا كان قد فسخ العقد عند قيام الغصب.

وتفسخ الإجارة بما يأتي:

(١) بخيار شرط أو خيار رؤية، وقد سبق أن تكلمنا عليهما بما فيه كفاية.

(٢) بخيار عيب، فللمستأجر أن يستقل بفسخها في جميع الأحوال قبل قبض العين المستأجرة وبعده إذا حدث العيب قبل العقد أو بعده، سواء أكان قبل تسليم العين أم بعده، بشرط ألا يكون المستأجر قد رضى به، وبشرط أن يؤثر العيب في الانتفاع بالعين، سواء أترتب عليه نقص الانتفاع أم-زواله، لافرق بين الحالين في ثبوت حق انفسخ للمستأجر مادام العيب قائما لم يزل، غاية الأمر أنه إذا ترتب على العيب زوال الانتفاع بالكلية سقط عنه الأجر، وإن لم يفسخ، وكان له أن يفسخ بغير حضرة المؤجر، بخلاف ما إذا أخل بالانتفاع فليس له الفسخ إلا بحضرة المؤجر كما قدمنا، ولم يسقط عنه أجر ما مضى من المدة لبقاء الإجارة مع بحضرة المؤجر كما قدمنا، ولم يسقط عنه أجر ما مضى من المدة لبقاء الإجارة مع

⁽۱) وذهب الشافعي وأحمد ومالك إلى أن وفاة المؤجر لاتنفسخ بها الإجارة، لأن العين التي استؤجرت قد انتقلت إلى ورثته مسلوبة المنفعة، إذ إن المستأجر قد تملكها بعقد الإجارة طيلة المدة، فسلزمهم ألا يتعرضوا له فيها حتى يستوفى كل ما ملك من منافعها.

(ب) يجوز للمؤجر أن يطلب من القاضى فسخ (١) الإجارة إذا اضطر إلى بيع العين المستأجرة في سداد دين ثابت بسبب مشاهد أو ببينة أو بإقرار - على رأى بعضهم - إذا لم يكن له مال آخر خلافها يمكنه أن يبيعه في سداد ذلك الدين، لأن في عدم بيعها ضررا به. إذ قد يؤدى ذلك إلى حبسه بسبب المطل، ولكن إذا كانت أجرتها معجلة وقيمتها لاتزيد عنها لم يكن له بيعها، إذ لافائدة من بيعها حينئذ. لأن دين المستأجر حينئذ مقدم على دين غيره.

(٤) وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخ إجارة الأجير إذا ماترتب عليها استهلاك عين له كما في إجارة كاتب لينقل له هذا الكتاب على هذا الورق، وكما في إجارة خياط ليخيط له هذا الشوب أو بناء ليبنى له هذا الجدار أو ليهدمه، أو زارع ليزرع له أرضه بهذا البذر، فإنه إذا مابدا له أن يعدل جاز له الفسخ، لأن في استمرارها استهلاك مال له، وذلك ضرر به، فكان له الفسخ، ولعل مرادهم أنه لا يكون له ذلك إلا إذا عدل نهائيا عن العمل المطلوب، وإذن فلا يكون له هذا الحق لمجرد إرادة تغيير العامل وإلا كان هذا الحكم محل نظر.

ومما تقدم يتبين أن الإجارة كما تبقى بالأعذار تنفسخ أو تفسخ بالأعذار على حسب مابينا، وهذا مبدأ عظيم الأثر جليل الخطر، ويجب ألا يتسرك لتقدير المتعاقدين إلا عند تراضيهما، أما إذا اختلفا فالواجب فيه الفسخ أم لا (٢). وقد خالف فى ذلك كله مالك والشافعى وأحمد، فذهبوا إلى أن الإجارة لايجوز فسخها بالأعذار ولابعدول المستأجر عن العمل الذى قصده منها، لأنها كالبيع فى لزومها ولا يفسخ البيع لمثل ذلك اتفاقا.

⁽١) الهندية (ج) ص٩٥٥٩.

⁽٢) راجع الفتاري الهندية (ج٤ ص٥٩٥٨ وفتاوي قاضيخان (ج٢ ص٢٥٢.

قالعجاا

التعریف بها: الجعالة (بتثلیث الجیم، وکسرها أشهر) مایعطیه الإنسان لغیره نظیر عمل یقوم به کالجعل، وعند الفقهاء: التزام مال معلوم نظیر عمل معین معلوم أو لابسته جهالة. مثالها عندما یکون العمل معلوما أن یقول شخص: من نقل متاعی هذا إلی مکان کذا فله مبلغ کنا من المال، ومثالها عند الجهل به أن یقول: من رد علی فرسی الضال فله کنا من المال، فإن العمل الذی یباشره العامل فی هذه الصورة غیر معلوم؛ لأن کیفیة البحث وطرقه ومقداره کل ذلك غیر معلوم.

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم كما إذا قال الجاعل لفلان: إن قمت بكذا، فلك كذا، وقد يكون لشخص مجهول، كما في المثالين السابقين.

وهذا العقد صحيح عند الشافعية والمالكية والحنابلة، استنادا إلى قوله تعالى: ولن جاء به حمل بعير وأنا به رعيم فإن ذلك من الجعالة، وقد قصها القرآن علينا من غير اعتراض عليها، فكانت بذلك مشروعة.

ويتم من طرف واحد ، مادام العمل لم يشرع فيه أحد، فإن شرع فيه شخص عالما به كان شروعه ارتباطا من ناحيته وتم به العقد بينه وبين الجاعل، فإذا قام بالعمل وأتمه وجبت له الجعالة، وإن أتمه غير عالم به لم يستحق شيئا؛ لأنه متبرع بعمله. «المهذب».

وهو على كل حال عقد غير لازم عندهم قبل تمام العمل ولازم بعد تمامه، فالشافعي وأحمد يذهبان إلى أنه غير لازم قبل التمام، سواء استجاب له أحد، فشرع فيه العمل أم لم يستجب له أحد، ولذا يجوز للجاعل أن يفسخه ويرجع عنه في هاتين الحالين. فإن رجع قبل الشروع فيه ثم شرع فيه شخص عالما برجوعه لم يلزمه شيء من الجعالة لذلك العامل، وإن شرع فيه جاهلا به، فالأصح عند الشافعية أنه لايستحق كذلك شيئا على الجاعل، واستحسن البلقيني أنه يستحق الجعل في هذه الحال. وإن رجع الجاعل بعد الشروع فيه كان للعامل أجر مثل ماعمل.

وكذلك يجوز للعامل إن كان معينا أن يفسخ هذا العقد قبل شروعه فى العمل وبعد شروعه ولايستحق من الجعالة شيئا على ماعمل لرجوعه قبل تمام العمل، فإن كان غير معين فشرع فيه شخص كان له ألا يتم العمل، ولاشىء له على ما أتمه منه.

وذهب مالك إلى أنه غير لازم قبل الشروع فى العمل فقط، أما بعد الشروع في فإنه يلزم بالنسبة إلى الجاعل، فلا يملك أن يستبد بفسخه حتى لاينال العامل ضرر (١) ولايلزم بالنسبة إلى العامل، فله أن يمتنع عن إتمام العمل، وعندتذ لايستحق شيئا من الجعل، ولكن محل ذلك إذا لم ينتفع الجاعل بما أتم العامل منه، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بإتمام العمل بناء على ماتم منه، كان له أجر مئله.

وذهب الحنفية إلى أن الجعالة إجارة فاسدة لعدم توافر شروط الإجارة فيها ولايجب فيها إلا أجر المثل بالعمل بشرط ألا يزيد عن المسمى.

شروطها: ويشترط فيها ما يأتي:

- (١) أن تتموافر في الجماعل شروط المؤجمر التي بيناها في الإجارة، فمان لم تتوافر كانت الجعالة باطلة لايترتب عليها أثر كجعالة الصبى والسفيه.
- (۲) أن يكون العامل ذا قدرة على العمل وإن لم يكن بالغا، فيصح أن
 يكون صبيا مميزا وإن لم يأذنه وليه بذلك، ويستحق الأجر إذا قام بالعمل.
- (٣) وأن تكون صيغتها دالة على النزام قائلها، قلاتصح الجعالة إذا ماأسندها قائلها إلى غيره، كأن يقول: إن فلانا يعطى من يفعل كذا أجرا هو كذا، لعدم النزام كل منهما.
- (٤) أن يكون الجعل معلوما، فإن كان به جهالة تفضى إلى النزاع وجب أجر المثل عند القيام بالعمل.

ولايشترط فيها أن يكون العمل للجاعل، فتصح إذا قمال شخص: من رد على فلان ضالته وهي كذا أعطيته جنيهما، فإذا قام إنسان بردها استحق الجنيه على الجاعل لأنه الملتزم لا على مالك الضالة، لأنه لم يلتزم.

⁽١) الشرح الكبير للدردير (ج٤ ص٦٥,٦١٥.

وكذلك لا يشترط فى صحتها أن يكون العمل ذا منفعة للجاعل، وذلك الشرط محل خلاف بين العلماء، فمن قال: من يتسلق هذا الجبل فله منى كذا، لزمه الجعل إذا قام به إنسان عند فريق من العلماء، وقيل: لا يلزمه لعدم انتفاع الجاعل بمثل هذا العمل.

ولايشترط في استحقاق الجعل عمل العامل بنفسه، فله أن يستعين بغيره في أدائه، وتخالف الجعالة الإجارة فيما يأتي:

- (١) في جوازها مع جهالة العمل خلافا للإجارة.
 - (٢) في صحتها عند عدم تعيين الطرف الآخر.
 - (٣) في تمامها مع عدم القبول.
 - (٤) في أنها غير لازمة قبل العمل.
- (٥) فى أن الجعل إذا عـجل فيها لم يملك بالتـعجيل بخلاف الإجـارة، فإن الأجرة إذا دفعت معجلا للمؤجر تملكها.

وتنفسخ الجعالة بموت الجاعل، وبجنونه وبإغمائه (١) إذا حصل قبل الشروع في العمل، وكذلك إذا حصل بعد الشروع فيه عند الشافعي وأحمد، غير أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل، وأتم العامل باقي العمل بعد الوفاة كان له أجر مثل ماعمل في الحياة فقط، دون ماعمل بعد الوفاة، لبطلان الجعالة، فإن لم يتمه لم يستحق شيئا (٢)، وإذا كان المتوفى هو العامل فأتم العمل وارثه استحق بقدر ماعمل مورثه فقط، فإن لم يتم العمل وارثه لم يستحق شيئا على ما أتمه مورثه.

وعند مالك لاتبطل بعد الشروع بموت الملتزم، ولابموت العامل، فيلزم الورثة بأداء الجعل من تركة الملتزم عند تمام العمل، ويقوم ورثة العامل بإتمامه عند وفاة مورثهم، ولهم الجعل عند إتمامه.

⁽١) خلافا للإجارة إذ لاتنفسخ بجنون أحد العاقــدين ولا بإغمائه، الفتاوى الهندية ج؛ في باب ماتنفــخ به الاجارة.

 ⁽۲) ذلك مايظهر لى من كلام صاحب السنهاية وكشاف التناع إذ. جعل استحقاق الجسعالة بتمام العمل؛ لأن الجاعل لم يلتزم بشى. إلا نظير إتمام العمل وهو مايظهر من عبارة أسنى المطالب على الروض فح ٢ ص٤٤٢٠.
 (٣) ذلك مايظهر لى وإن لم أره صريحا للعلة السابقة.

المزارعة

التعريف بها: عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها وتسمى كذلك بالمحاقلة والقراح.

وهى عقد فاسد عند أبى حنيفة والشافعى ومالك، لورود الأثر بالنهى عنها، وأجازها الصاحبان وأحمد لحاجة الناس إليها، ولأن النبى ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما تخرجه أرضها من ثمر وزروع.

وهى إجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء، ولذا كان المعقود عليه فيها إما منفعة الأرض إن كان البذر على المزارع، وإما عمل المزارع إن كان البذر على صاحب الأرض.

شروطها: يشترط فيها مايأتى:

- (١) أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات.
- (٢) بيان مدة لها تتسع لزرع الأرض وإدراك مايزرع فيها، فإذا لم تبن مدة فسدت، وروى عن محمد أنها تصح وتقع على زراعة واحدة.
 - (٣) صلاحية الأرض للزراعة، لأنها المقصودة من العقد.
- (٤) التخلية بين الأرض والمزارع، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل كذلك فسدت، لأن ذلك يحول دون التخلية ويؤدى إلى النزاع.
- (٥) بيان نوع البذر الذى سيبذر فى الأرض للزراعة، ومن عليه ذلك البذر من العاقدين، ويكفى فى بيان ذلك العرف، فإذا كان العرف مشتركا لايعين أحد العاقدين فسدت.
 - (٦) بيان نصيب كل منهما في الخارج.
- (٧) الشركة في الخارج، فإذا ذكر ماقد يمنع الشركة فسدت، وذلك كاشتراط رفع الخراج من الخارج ابتداء أو رفع البذر، أو رفع أي مقدار معين، فقد لايخرج منها سوى ما اشترط رفعه ابتداء، فلا تتحقق الشركة في الخارج بين العاقدين.

حكمها: وهى عقد لازم إلا بالنسبة لمن شرط عليه البذر، قبل إلقائه فى الأرض، فله حينئذ أن يستقل بفسخها حتى لايجبر على إتلاف ماله وهو البذر ببذره فى الأرض، وقد ينبت وقد لاينبت، وإذا نبت فقد تصيبه آفة.

وإذا صحت المزارعة كان الخارج من الأرض بين صاحبها والمزارع على ماشرطا، فإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للمزارع، إذ لااستحقاق له إلا في الخارج.

وإذا كانت فاسدة فمضى فيها العاقدان كان على صاحب البذر أجر مثل الأرض إن كان المزارع، وأجر مثل المزارع إن كان مالك الأرض، سواء أخرجت الأرض شيئا أم لا، ولايزاد على ماشرط لهما في العقد للرضا به (١) وهذا عنا الشيخين وقال محمد: الواجب أجر المثل في الحالين بالغا مابلغ لفساد الرضا والتقدير بسبب فساد العقد، فإن خرج شيء من الأرض كان لصاحب البذر؛ لأنه غاء ملكه.

انتهاؤها: تنتهى المزارعة بانتهاء مدتها، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بقى الزرع فى الأرض وعلى المزارع أجر ماتشغله حصته فى الزرع من الأرض، وتكون النفقة حينئذ عليهما بقدر حصصهما.

وإذا مات مالك الأرض قبل انتهاء مدتها والزرع بقل وأراد المزارع المضى فى عمله كان له ذلك، وليس لورثة المالك منعه، كما أنهم لايملكون إجبار، حينتذ على المضى فى العقد (٢).

وإذا مات المزارع قبل إدراك الزرع كان لورثته أن يقوموا مقامه حتى يدرك، رضى بذلك مالك الأرض، أو أبى (٢)، فإذا لم ير المزارع أو ورثته المضى فى العتد فى الحالين السابقين كان لمالك الأرض الخيار فى واحد من ثلاثة:

⁽١) وإنما يناتى هذه فيما إذا جــاءت الأرض بمحصول. أما إذا لم تخرج شيئا فــلا يعلم مقدار المشروط حتى لايزاد عليه.

⁽٢) أما إذا كانت وفاته قبل البذر سواء أعد المزارع الأرض أم لا فإن المزارعة تبطيل ولا شيء مقابل إعداده الأرض، ولا يلك أن يمضى في العمل، وإذا مات بعيد البذر قبل النبات ففي انتهائها اختلاف المشايخ. راجع الفتاري الهندية (ج٥ ص٤٣٥، المدر المختار (ج٥ ص٤١٩٨.

⁽٣) أما لو مات قبل البذر فإن المزارعة تنظل وليس لوارثه أن يطلب المضى في العمل إلا بعقد جديد.

- (۱) الإنفاق على الزرع ومحاسبة المزارع أو ورثته على مايخصهم من النفقة، ثم قسمة الخارج بينهم على الشرط.
 - (٢) قلع الزرع وقسمته في الحال على حسب الشرط.
 - (٣) تملك حصة المزارع بقيمتها وقت إرادة ذلك فيخلص جميع الزرع له.

المساقاة

التعريف بها: المساقاة عقد على دفع الشجر أو الكرم أو مافى حكمها إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر وتسمى كذلك معاملة ومناصبة.

والمراد بالشجر وما في حكمه كل ماينبت في الأرض ويبقى بها للاستثمار سنة فأكثر ومحل العند فيها عمل المساقى وهي إجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء.

شروطها: يشترط فيها كل مايلائمها من شروط المزارعة التي بيناها وهي:

- (١) أهلية المتعاقدين.
- ٢٠) التخلية بين المساقى والشجر.
- (٣) بيان مدة يظن خروج الثمر فيسها، فإن لم يبين لها مدة وقعت على أول ثمر يظهر، وإن بينت مدة قد يخرج فيها الثمر وقد لايخُرج، ثسم لم يخرج فيها ظهر فسادها وكان للمساقى أجر مثل عمله.

حكمها: يرى أبو حنيفة أنها فاسدة لأنها في معنى الإجارة بجزء من المال المستأجر عليه.

وذهب صاحباه والأئمة الثلاثة إلى أنها صحيحة لورود الأثر بها في تعاقد النبي بَيْنِيْرٌ مع أهل خبير.

وأثرها عندهم ثبوت الشركة في الخارج من الشمر كالمزارعة، غير أنها تخالفها في أنها لازمة في جميع أحوالها. وإذا انتهت مدتها استمر المساقى في العمل بلا أجر إلى إزهاء الثمر.

وإذا حددت لها مدة لايحتمل فيها خروج الثمر فسدت وكان للمساقى أجر الثل إذا عمل.

وإذا صحت المساقاة فلم يثمر المشجر في المدة التي ذكرت فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر، لأن ذلك لايكون إلا لأفة فلا يتبين فساد العقد حيئذ.

ومايترتب على انتهاء المدة في المزارعة، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام يترتب مثله على انتهاء المدة في الماقاة، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام، لافارق بينهما فارجع إليه.

العارية

العارية: تمليك المنفعة بالمجان حال حياة المملك، فتميزت عن البيع لأنه تمليك عين، وعن الإجارة لأنها تمليك المنفعة بمال، وعن الوصية بالمنفعة لأنها تمليك بعد الوفاة، وتطلق العارية كذلك على العين المستعارة، ويسمى المملك معيرا.

ركنها: وركنها الإيجاب من المعير والقبول من المستعير.

وتنعقد بكل لفظ يفيد التمليك مجانا كأعرتك أرضى ومنحتك ثوبى لتلبسه واعطيتك سيارتى لتحملك إلى مكان كذا، وبالفعل متى دل عليها صاحبه من القرائن كأن يذكر شخص لآخر حاجته إل قلم ليكتب به هذا الكتاب فيعطيه إياه للا لفظ.

ولاتتم العارية ولا يترتب عليه أثرها، إلا بالقبض لما قدمنا، فإذا قبض المستعير العين المستعارة تم العقد وترتب عليه أثره وهو ملكه المنفعة ملكا غير لازم وذهب مانك إلى أنها تلزم بمجرد ننول مادام المعير حيا.

وذهب الشافعي وأحمد إلى أنها لاتفيد تمليكا، وإنما تفيد إباحة فقط، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية كالكرخي (١).

شروطها: يششترط فى كل من المعير والمستعير مايشترط فى المؤجر والمستعير مايشترط فى المؤجر والمستأجر، ويشترط فى العين المستعارة أن ينتفع بها مع بقائها، فلله تجوز إعارة النقود لاستهلاكها. وكذلك يشترط تعيينها، فإذا أعار شخص سيارة من سياراته لم تصح العارية إلا إذا جعل له أن يأخذ ماشاء منها.

حكمها: والعارية غير لازمة، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة بمدة، فإذا قيدت بمدة معينة، جاز للمعير استردادها قبل مضيها، ولكن إذا ترتب على استردادها ضرر كالأرض تستعار لزراعتها ثم تسترد والزرع لم يدرك فإنها تترك في يد المستعير حتى يستحصد الزرع بأجر المثل منعا للضرر.

فإن استعيرت للبناء أو الغراس ولم تقيد بمدة جاز استردادها في أي وقت، وكلف المستعير القلع إذا كان لايضر بالأرض، ويسجوز أن يتملكه المعير حينئذ بالاتفاق مع المستعير، فإذا أضر بالأرض لم يمكن المستعير من القلع، وجاز للمعير أن يتملكه جبرا عنه بقيمته مستحق القلع.

وإن كانت مقيدة بمدة فرجع المعير قبل مسضيها، ضمن الفرق بين قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع الآن، وقيمته مستحق القلع عند مضى المدة إن لم يضر القلع بالأرض، فإن أضر بها تملكه المعير بقيمته مستحق القلع عند مضى المدة جبرا عن المستعير.

وذهب مـالك إلى أن العــارية تلزم إذا قيــدت بمدة مــعينــة لوجوب الوفــاء

⁽۱) ووجهتهم أنها تنعقد بلفظ الإباحة، وتبطل بنهى المعير المستعير أن ينتفع، ولايملك المستعير أن يؤجر، ولا يشترط فيها بيان مدة الانتفاع، وكل ذلك دلائل عدم الملك، لأن الملك لايثبت بلفظ الإباحة، ولايفيد معه نهى عن الانتفاع، ولايمنه النلك معه من أن يتصرف فيها يملك، ولايصع مع الجهائة. ووجهة الحنفية أنها تنعقد بالفاظ التعليك كملكتك منفعة كفا وأعرتك، ويجوز للمستعير أن يعير غيره وذلك تصرف لايكون إلا من المالك، فيكون أثرها التعليك لا الإباحة. وإنما العقدت بلفظ الإباحة فإفادتها التعليكمجازا. ولم يكن إلا عن الانتفاع، مبطلا لها، وإنما اعتبر منهيا لها لإفادته الرجوع وطلب الاسترداد، ولم يملك المعير من الرجوع من شاه، ولو صع له أن يؤجر لمنع ذلك المعير من الرجوع في أثنائها على حق المعير في جواز رجوعه متى شاه، ولو صع له أن يؤجر لمنع ذلك المعير من الرجوع في أثنائها عاديته أثناء مدة الإجارة عقد لإزم لانفساخها قبل انشهاه مدتها برجوع المعير في أي وقت شاه، وهذا تغسير للمشروع. وإنما لم يشترط فيها بيان امدة لأن الجهالة فيها لانفضى إلى نراع لانها تبرع غير لازم فيجوز للمعير أن يرجع في أي وقت شاه.

بالعقد، وكذلك تلزم إذا أطلقت واقتضى العرف تقييدها بمدة. فلا يجوز استرداداها قبل انتهائها على الأصح عنده، ولذا لانتنهى بموت المستعير في هذه الحال، بل يستوفى وارثه المنفعة إلى نهاية المدة المعنية بالنص أو بالعرف.

يد المستعير: والعارية في يد المستعير أمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها أو التقصير في حفظها، فإذا تلفت هلكت على مالكها ـ وإن شرط ضمانها على المستعير عند إعارتها ـ لأنه شرط باطل، فيبطل وتصح العارية.

وفى التبيين: أن المعير إذا شرط على المستعير كانت يده عليها يد ضمان فيضمنها إذا تلفت عنده، ولو من غير تعد أو تقصير (١).

وذهب الشافعى إلى أن يده عليها يد ضمان فى جميع الأحوال حتى إذا شرط عدم ضمانها لغا الشرط، وذلك لما روى أن رسول الله وَيَنْ حين استعار من صفوان بن أمية دروعه يوم حنين قال صفوان : أغصب يامحمد ؟ فقال عليه السلام: الا، بل عارية مضمونة».

أنواعها وكيفية الانتفاع بالعين: العارية إما مطلقة وإما مقيدة، فإن كانت مطلقة انتفع المستعير بالعين المستعار الانتفاع الذي يريده، غير متجاوز فيه المعروف عرفا. لأنه كالمشروط، فإذا تجاوزه كان معتديا في ذلك، فإذا تلفت بسبب ذلك أو نقصت كان ضامنا لقيمتها أو نقصها، فإذا استعار دابة خاصة بالركوب، ولم يذكر في العقد أنه يستعيرها ليركبها لم يجز له أن يحمل عليها، لأن العرف يقيد الانتفاع بها فيخصه بركوبها، وكأن ذلك قد شرط فليس له أن يحمل عليها لذلك.

وإن كانت مقيدة بنوع من الانتفاع، أو بزمن أو بمكان تقيدت فبما قيدت به فلا يجوز للمستعيسر مجاوزته إلى ماهو أشد ضررا كما قدمنا في الإجارة، فإذا تجاوزه إلى ماهو أشد ضررا فتلفت أو نقصت كان ضامنا.

تصرف المعير في المنفعة: ليس للمعير أن يؤجر العارية لما قدمنا من أن الإجارة لازمة، والعارية غير لازمة، أما إعارته إياها فهاك حكمها:

⁽۱) راجع الأشباه والحموى عايه (ج) ص١٩٣٧.

إذا كان الانتفاع بالعارية لايختلف باختلاف المستعمل كمحمل شيء خاص على دابة جاز للمستعبر أن يعيسرها لغيره لمثل هذه المنفعة، سواء أعين المتفع أم لم يعين، ذلك لأنه إذا عين المنتفع في العارية فالتعيين لايفيد لأن الانتفاع لايختلف باختلاف المستعمل. فكان المستعير وغيره سواء، وإن لم يعين، فالأمر ظاهر.

وإن اختلفت فتحت ذلك صورتان: إحداهما، أن يعين المنتفع، وعندئذ لا يجوز إعارتها لغيره، فإذا استعار شخص العين على أن ينتفع بها هو لم يعطها لغيره، وإذا استعارها على أن يركبها فلان لم يجز أن يركبها المستعير.

ثانيتهما: ألا يعين المنتفع، وفي هذه الحال تتقيد العارية بأول منتفع بها، فلا تعار للخيره بعده، فإن انتفع هو بها فعلا لم يعرها لغيره، وإن أعارها لغيره ابتداء فانتفع بها لم يجز له أن ينتفع هو بها، وهذا ما اختار فخر الإسلام، واختار شمس الأثمة السرخسي أنها لاتتقيد بأحد في هذه الحالة(١).

نفقات العارية: ونفقات العين المستعارة سواء أكانت لازمة لحفظها أم لحياتها أم لردها إلى معيرها واجبة على المستعير، فإذا كانت حيوانا فعلفه على المستعير وقت عاريته، وإذا أراد رد العارية إلى مالكها وجب عليه أن يقوم نفسه بذلك إن كانت من الأشياء النفيسة وأن يسلمها إلى المعير نفسه، فإذا ردها بواسطة رسول أو سلمها لغير مالكها فتلفت كان عليه ضمانها، وإن لم تكن من الأشياء النفيسة كان له ردها بواسطة أمينة، ويكفى أن تسلم إلى المعير أو إلى من هو فى عياله ممن لاينكر العرف تسليمها إليه، فإذا هلكت بعد ذلك لم يكن ضامنا.

انتهاء العارية: تنتهى العارية بمضى مدتها إذا كانت مقيدة بمدة، فإن كانت مطلقة انتهت بطلب المعير ردها، أو بموت كل من المعير والمستعير، وذهب مالك إلى أنها إذا قيدت بمدة لم تنته إلا بمضيها.

⁽۱) راجع مجمع الأنير فرج ص ٣٤٨، وتكملة رد المحتار فرج ص ٢٢٧، وعلى هذا إذا شرط المعير على المستعبر في العارية ألا يعيرها لغيره وجب العمل بهذا الشرط عندما يكون الانتفاع بالعارية مما يختلف باختلاف المستعمل. أما عند عـدم اختلافه فهو باطل، لأنه مخالف لمقسضى العقد. أقول: ولماذا لايكون دليلا على أن المراد بالعارية الإباحة فتشد مه؟.

الوديعة

التعريف بها: الوديعة عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله، ويسمى المالك مودعا، والحافظ وديعا ومستودعا، والمال وديعة.

ركنها الإيحاب والقبول، ويكونان باللفظ الدال على الإيداع وقبوله صراحة، كأودعتك هذا الكتاب وقبلت، وبالفعل الدال على ذلك أيضا كوضع الحيوان في الحظيرة المعدة للإيداع أمام حارسها بدون لفظ، وكترك متاع أمام جالس ينظر إليه بدون اعتراض منه كما يحصل في المساجد عادة فتتم الوديعة بمثل هذا لدلالته عليها عرفا. وبهذا يتبين أن الوديعة أخص من الأمانة. فإن الأمانة لايلزم أن تكون نتيجة عقد، فاللقطة في يد الملتقط أمانة، وليست وديعة، وعلى ذلك فكل وديعة أمانة، وليس كل أمانة وديعة.

شروطها: يشترط فى الوديع أن يكون مكلفا فلو استودع صبى مميز أو غير عميز فاستهلك الوديعة فلا ضمان عليه لوجود التسليط من المودع. وأن يكون المودع عيزا، وأن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها، فلا ينعقد إيداع طير فى الهواء، ولا تتم إلا بالقبض كالعارية.

حكمها: يترتب على تمامها بالقبض مايأتي:

- (١) وجوب الحفظ على الوديع، فيلزمه أن يحفظها بما لاينكره عليه العرف.
- (٢) ودفعها إلى المودع عند طلبه، فلا يجوز للوديع أن يؤخر ردها بعد الطلب، فإذا لم يجب إلى ذلك فورا فتلفت ضمن. ولايجوز للوديع أن يسلمها إلا إلى مودعها أو رسوله، فلو سلمها لغيرهما فتلفت ضمن إلا إذا أكره على ذلك إكراها ملجئا. ومئونة ردها على مالكها لا على الوديع.

وإذا توفى المودع أو الوديع ظلت أمانة فى يد الوديع أو ورثته، فإذا طلبها المودع أو ورثته سلمت إلىهم إن وجدت فى تركة الوديع، فإن لم توجد ضمنها وأدى الضمان من التركة، لأن الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة.

(٣) وأنها في يد الوديع أمانة لاتضمن إلا بالتعدى عليها أو بالتقصير في حفظها، ومحل ذلك إذا لم يكن الإيداع بأجر، فإن كان بأجر كان الوديع أجبرا، وكان ضامنا لها إذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه، ولو لم يكن منه تقصير.

وإذا شرط المودع على الوديع شروطا فى طريقة حفظها وجب اتباعها إذا كانت مفيدة فإذا خالفها فتلفت الوديعة كان ضامنا لها لتقصيره بالمخالفة، ومحل ذلك إذا لم تكن المخالفة لضرورة، كأن يشترط المودع غليه أن يحفظها فى منزل معين فيضطر إلى نقلها منه لاشتعال النار فيه. فإذا هلكت بعد ذلك بدون تعد لايضمن.

هذا، وليس للوديع أن ينتفع بالوديعة أى انتفاع، فإذا انتفع كان متعديا بانتفاعه، فإذا تلقت ضمنها، وإذا أذنه المودع بالانتفاع صارت عارية لاوديعة، وكذلك ليس له أن يتصرف فيها بإيداع أو إجارة أو إعارة أو رهن، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى السفر ولم يمكنه أن يتركها عند عياله، لأنه لاعيال له يمكن أن يعهد إليهم في حفظها، وضمان الوديعة يكون بأداء مثلها إن كانت مثلية، وبأداء قيمتها إن كانت قيمية، كما قدمنا ذلك غير مرة.

الرهن

التعريف به: الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب، ومنه قوله تعالى في سورة المدثر ٣٨: ﴿ كُلُّ نَفْسَ بِمَا كُسبت رهينة ﴾ أي محبوسة بجزاء عملها.

وعند الفقهاء: حبس مال بحق يمكن أن يستوفى كله منه أو بعضه، كما إذا كان عليك دين لآخر فأعطيته ساعتك رهنا به إلى أن تؤديه إليه، فإن هذه الساعة مال جعلته محبوسا فى الدين الذى عليك، وهذا الدين حق يمكن أن يستوفى كله من ثمن الساعة إذا بيعت بما لايقل عن الدين، أو بعضه إذا مابيعت بأقل من الدين، وبمقتضى التعريف لايعد من الرهن حبس ما ليس بمال نظير حق مالى، ولا حبس مال نظير قصاص، لأنه حق لايمكن استيفاؤه من المال.

وليس من الضرورى أن يكون الحبس لدى صاحب الحق، بل قـد 'يكون عنده، وقد يكون عند أمين يتفق عليه الدائن ويسمى بالعدل، وليس من الضرورى كذلك أن تكون قيمة الرهن أكثر من الدين أو مساوية له، بل قد تكون أقل منه.

وقد يكون الرهن من جنس الدين كما في رهن صرة من النقود نظير دين معين من النقود، وقد يكون من غير جنسه.

ومعطى الرهن يسمى راهنا وآخذه يسمى مرتهنا والعين المرهونة تسمى رهنا ورهينة ومرهونة، والفعل رهن إذا أعطى رهنا، وارتهن إذا أخذ رهنا.

ركنه: ركنه الإيجاب والقبول، وقبل ركنه الإيجاب فقط والقبول شرط، وعلى كل حال فلا يتم إلا بالقبض لقوله تعالى في آخر سورة البقرة ﴿فرهان مقبوضة﴾، وهذا محل اتفاق.

شروطه: لايتحقق رهن إلا بوجود راهن ومـرتهن ومرهون، ومرهون به، ولكل شروط.

المسروط الراهن: يشترط في الراهن أن يكون أهلا للمعاوضة المالية، فرهن فاقد الأهلية باطل، ورهن ناقص الأهلية كالصبى الميز أو من ألحق به كالسفيه متوقف على إجازة الولى أو القيم، لأنه من قبيل التجارة كما في البدائع فيصح منهما متوقفا على الإجازة، وكذلك رهن المحبور عليه بدين مستغرق يتوقف على إجازة بقية الدائنين لأنه استيفاء من وجه، ولايملك المحجور عليه بسبب الدين تفضيل دائن على آخر في الوفاء.

٢ - شروط المرتهن: يشترط فى المرتهن ما يشترط فى الراهن من أهلية المعاوضة لأن الارتهان استيفاء للدين وجه كما ذكرنا، ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة ، وذلك مايفهم من البدائع.

٣ - شروط المرهون: يشترط في المرهون أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم
 عيزا من غيره محوزا غير مشغول بملك الراهن.

وينبنى على ذلك ألا يصح رهن مجمول أرض قبل ظهوره لمعدم وجوده، ولا رهن خمر لدى مسلم لعدم تقوسه، ولا رهن طير فى الهواء لعدم القدرة على تسليمه، ولا رهن مشاع لعدم تمبزه، سواء أكان الشبوع فيما يقبل القسمة أم فيما لايقبلها، سواء أكان للشريك أم لغيره (١).

 ⁽١) وفي رأيي أن ليس لاشتراط عدم الشيوع وحه مفتع وحاصة إدا كان المرتبين هو الشريك لإمكان تحقق البد
 الكاملة، ولذلك أجاز الشافعي رهن المشاع مطلف النبوله السيم الذي هو طريق لاستيماء الدين من الرهل.

وكذلك لايصح رهن الشمر على الشجر بدون الشجر لعدم إمكان حيازته على هذه الصفة، ولا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن، أما إذا كان شاغلا لملك الراهن كرهن الأمتعة في البيت، فإنه يجوز بالتخلية بين المرتهن وبينها متى تمكن من قبضها.

٤ ـ شروط المرهون به: يشترط فى المرهون به أن يكون دينا أو عينا مضمونة بنفسها، ونريد بالدين ماكان ثابتا فى الذمة وقت الرهن أو موعودا به فى ذلك الوقت ولما يثبت، فإذا طلبت من صديقك أن يقرضك مبلغا من المال، فقال: لا أفعل إلا إذا أعطيتنى به رهنا، فأعطيته به رهنا قبل الإقراض صح ذلك رهنا، لأن الدين موعود به حين الرهن.

ونريد بالعين المضمونة بنفسها أن تضمن عند الهلاك بمثلها أو قيمتها، كالعين المغصوبة والعين التي عينت مهرا لزوجة. أما إن كانت مضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع (إذ إنه مضمون بالثمن) أو غير مضمونة أصلا كالوديعة فى يد الوديع فلا يصح إعطاء رهن بها، وعلى هذا إذا أعطى الغاصب رهنا بما غصب لمن اغتصب منه صح ذلك، ولا يصح إعطاء الوديع رهنا بالوديعة ولا البائع رهنا بالمبيع.

هذا ولايشترط في الراهن أن يكون مالكا للرهن بل يجوز الرهن من غير المالك إذا كان أبا أو وصيا فيجوز لكل منهما أن يرهن مال موليه بدين على نفسه وعللوا ذلك بأنه يجوز لكل منهما إيداع مال الصغير فيكون أمانة في يد الوديع إذا هلك من غير تعد هلك على الصغير، وإذا جاز الإيداع كان جواز الرهن أولى لأنه أقل ضررا من الوديعة، إذ العين المرهونة إذا هلكت من غير تعد لم تهلك مجانا كما تهلك الوديعة، فلا تضيع قيمتها جميعها بهلاكها على الصغير، وإلى هذا ذهب الطرفان، وخالف في ذلك أبو يوسف، لأن الرهن فيه معنى التسرع، فلا يجوز من الولى.

وإذا لم تكن للراهن ولاية لم ينفذ رهنه مال غيره في دين على نفسه إلا بإذن مالكه أو بإجازته، ويسمى حينئذ بالرهن المستعار، وفي هذه الحال يتقيد الراهن بما يقيده به المالك، فإذا قيده بقدر من الدبن أو مدائن معين أو ببلد معين غلا مجوز له مخالفة ذلك إلا إلى خير منه.

حكم عقد الرهن: لايتم الرهن ولايكون لازما بمجرد صدور الإيجاب والقبول. وعلى ذلك لايلزم الراهن بالمضى فيه، قبل تسليم المرهون، فله أن يرجع عنه، فإذا تسلم المرتهن المرهون لزم بالنسبة للراهن فلا يكون له أن يفسخه ولايملك استرداده ورفع يد المرتهن عنه، ولكنه لايلزم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكه، وذهب الإمام مالك إلى أن الرهن لايتم إلا بالقبض، ولكنه يلزم بصدور الإيجاب والقبول. فيلزم الراهن بالمضى فيه مادام حيا، فإذا مات بطل، ويترتب على تسليم الرهن إلى المرتهن الآثار الآتية:

أولامحق الحبس: فيكون للمرتهن حق حبسه إلى أن يستوفى الدين الذى رهن به ولايجوز لمه أن يحبسه بدين آخر لم يرهن به، سواء أكان سابقا على الرهن أم لاحقا به.

وإذا تعدد الدائنون فأعطاهم المدين رهنا واحدا بديونهم جاز لهم أن يتفقوا على حبس الرهن عند أحدهم أو عند عدل يختارونه أو يتهايئوا حفظه فيحبسه كل منهم مدة معينة، وإذا كان الرهن بما يتجزأ دون ضرر جاز لهم أن يقتسموه بينهم بنسبة ديونهم فيحتبس كل منهم ماخصه منه، وعلى أية حال فليس للراهن أن يطالب بتسليمه أو بتسليم أى جزء منه إلا إذا أدى جميع ديون المرتهنين، فإذا أدى دين واحد منهم لم يكن له أن يسلم إليه ماقام على حبسه من الرهن لأنه لايزال محبوسا بالنسبة لديون الآخرين وهو نائب عنهم في حبسه.

ثانيا: حبس الرهن بأى جزء من الدين: للمرتهن أن يختبس الرهن جميعه عنده مابقى له جزء من الدين المرهون به، لأنه محبوس كله بجميع الدين، فلا يسلم إلا بسداده كله، ولكن إذا كان الرهن شيئين وعين لكل منهما وقت الرهن مقدار من الدين فإنه يجب تعليم أى الشيئين عندما يؤدى مارهن به من الدين.

ثالثا: حق المطالبة بالسدين مع الرهن: لايمنع الرهن المسرتهن من حقه فى المطالبة بدينه متى كان حالا، لأن الرهن للتوثيق والسدين معه قائم، فإذا كان حالا كان لصاحبه حق المطالبة به.

وإذا حضر الدين لم يسلم إلى الدائن إلا بعد إحضار الرهن، إذ لاموجب لبقائه في يد المرتهن بعد وفاء الدين.

رابعا: اختصاص المرتهن بالرهن: يكون المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء، وعلى ذلك إذا كان على الراهن ديون كثيرة لاتفى بها أمواله وبيع الرهن لسداد الدين كان للمرتهن أن يستوفى دينه أولا من ثمنه، فإن وفى فبها وكان الباقى منه لسائر الغرماء، وإن لم يوف كان المرتهن أسوة الغرماء فى بقية دينه.

خامسا: تأثير الموت فى الرهن: لا تأثير لوفاة كل من الراهن والمرتهن فى الرهن، فإذا توفى الراهن لم يكن لوارثه طلب العين المرهونة من المرتهن إلا إذا وفى الدين، وذلك لأنه ورث العين محملة بحق المرتهن، فلا يستخلصها إلا بإيفائه حقه، وإذا مات المرتهن قام وارثه فى احتباس الرهن مقامه؛ لأن حق الاحتباس حق مالى ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن.

سادسا: الانتفاع بالرهن: لا يجوز لكل من الراهن والمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الآخر؛ لأن الرهن باق على ملك الراهن، وحق المرتهن متعلق باليته لا بمنافعه فلا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو الراهن، وكذلك ليس للرآهن يد عليه لأنه في يد المرتهن ولا يكنه الانتفاع به إلا بقبضه منه وهو لا يكون إلا بإذنه، غير أنه إذا أذن الراهن المرتهن بالانتفاع وكان ذلك شرطا في ثبوت الدين أو غرضا فيه لم يحل للمرتهن أن ينتفع لشبهة الربا.

وإذا سلم المرتهن الرهن للراهن ليستفع به فسلد الرهن لفوات شرط الرهن وهو بقاء الرهن في يد المرتهن، ولكن يكون للمرتهن في هذه الحال حق استرداده، فإذا استرده ارتفع الفساد وعاد الرهن صحيحا (١).

وإذا أذن الراهن المرتهن بأن ينتفع بالرهن ثم تلف الرهن حال انتفاعه به فإنه يهنك هلاك الأمانة لا هلاك الرهن، لتحول يد المرتهن حينشذ بالإذن إلى يد مستعير، فتكون يد أمانة لا يد ضمان، أما إذا هلك قبل الانتفاع به فعلا أو بعد انتهاء الانتفاع به فإنه يهلك حيئنذ هلاك الرهن أى بالأقل من قيمته ومن الدين.

⁽١) ولو توفى الراهن قبل أن يستسرده المرتهن فالمرتهن مع ذلك أحق به من سائر الغرماه لبسقاه عقد الرهن. الدر المختار فيه ه ص ٣٦٢ه.

حكم الرهن المستعار: وإذا كان الرهن عملوكا لغير الراهن وقد استعير لذلك فللمعير أن يستخلصه بأداء اللين إلى المرتهن ثم يرجع به على الراهن إن كان مساويا لقيمة الرهن أو أقل منها، فإن كان أكثر من قيمة الرهن لم يرجع إلا بقيمة الرهن، ولا يرجع بما زاد من الدين عليها لأنه يسعد متبرعا به، إذ كان له أن يشترط على الراهن ألا يزيد الدين على قيمته.

وعلى المرتهن فى هذه الأحوال أن يسلم الرهن إلى مسالكه «المعيس» إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدين فعند ذلك لايجبسر على التسليم، لأن مافى الرهن من زيادة عن الدين يعتبر أمانة فى يد المرتهن من قبل الراهن فسيحستاج إلى إذنه فى تسليمه لغيره.

وضع الرهن تحت يد العدل: إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن تحت يد عدل جار ذلك وقام قبضه مقام قبض المرتهن وترتب على ذلك جميع مابينا من الأحكام. وليس للعدل في هذه الحالة أن يسلمه إلى واحد منهما إلا باتفاقهما؛ لأنه وديع الراهن بالنسبة للعين ووديع المرتهن بالنسبة للمالية، فيكون سليمه الرهن إلى احدهما تسليما لأجنبي إما بالنسبة إلى المالية وإما بالنسبة إلى المالية وإما بالنسبة إلى العين، وذلك لا يجوز؛ فإذا سلمه إلى احدهما لم يبطل الرهن ووجب عليه أن سترده، فإن هلك قبل استرداده ضمن العدل قيمته بتعديه بالتسليم وأخذها منه لراهن والمرتهن جميعا ووضعاها عنده أو عند غيره. وتصير رهنا لقيامها مقام لمون، فإذا أدى الراهن الدين إلى المرتهن سلمت القيمة عندئذ للعدل إن كان صمانه بسبب تسليمه إلى الراهن؛ ذلك لأن الراهن قد وصله حقه بصيرورة الرهن بيه والمرتهن قد وصله حقه بأداء الدين إليه، وإذا كان ضمانه في هذه الحال بسبب سليمه إلى المراهن عوضا عن ملكه وهو الرهن (۱).

⁽۱) أما إذا أراد العدل أن يرجع على المرتهن بسبب هلاك عين الرهن عنده في هذه الحال فينظر فيه، إن كان عدل قد دفعها إلى المرتهن عارية أو وديعة لم يرجع عليه بقيمتها إلا إذا كان قد استهلكها وعندنذ يرجع فيمتها وقت استهلاكها؛ ذلك لان العدل حين ضمن قيمتها تملكها بالضمان، وتبين بذلك أنه أعار أو أودع عليه الإفي هذه الحال أما إذا عليك وإذن لايضمن المرتهن باعستباره مودعا أو مستعيرا إلا بتعديه فلا يرجع عليه إلا في هذه الحال أما إذا ملكت العين عنده بلا تعد ولاتقصير فلا رجوع، وإن كان العدل قد دفعها إلى المرتهن لتصير عنده رهنا بماله عند الراهن نقال له خذها بحقك أو احبها به فإنه يرجع عليه بقيمتها وقت دفعها إليه لأنها أصبحت رهنا من فيله لضمان قيمتها ه تملكه لها بذلك. رد المحتار هج٥ ص ١٩٥٨.

ويجوز للراهن أن يوكل العدل في يهم الرهن وتساديد الدين من ثمنه وحينئذ لا يملك عزله من الوكالة قبل أداء مهمته.

غماء الرهن: نماء الرهن قد يكون متولدا من عينه، كالولد والثمر والحبوب واللبن والصوف ونحو ذلك، وقد يكون غير متولد كأجرة الأرض والدابة، وما أشبه ذلك. وهو ملك للراهن مطلقا (١) عندما يحدث في يد المرتهن لأنه نماء لكه، وإذا هلك في يده من غير تعد ولاتقصير هلك مجانا (٢). وإن تعدى عليه لهن فأتلفه ضمن قيمته وقت إتلافه؛ لأنه مال مملوك لغيره.

غير أنه يجب أن يفرق في الحكم بين نماء متولد ونماء غير متولد، فالمتولد يسبر رهنا مع الأصل في حق فكاكه واستخلاصه لصيرورته مقصودا بطلب كاكه، فيقابله عند ذلك جزء من الدين على حسب ماياتي ويحل محله في ذلك فيمته عند استهلاكه.

وعلى ذلك لا يجوز للراهن _ أن يفتكه مابقى أصله _ إلا بسداد كل الدين. كما لا يجوز له أن يفتك أصله إلا بذلك؛ لأن المجموع رهن محبوس جميعه بالدين كله. فإذا هلك النماء وحده قبل افتكاكه هلك مجانا كما تقدم، وبقى أصله وحده رهنا بالدين كما كان، وإذا هلك الأصل وبقى النماء لم يجعل النماء رهنا بالدين جميعه، ولكن بما يقابله من الدين، ويعرف ذلك بقسمة الدين قسمة تناسبية، كنسبة قيمة الأصل يوم قبضه إلى قيمة النماء يوم استخلاصه، فيستخلص النماء بأداء مايخصه بهذه القسمة من الدين ويسقط مايخص الأصل منه لهلاك ذلك الأصل.

وفى حكم بقاء النماء ما إذا استهلك الراهن النماء أو أذن المرتهن باستهلاكه، فإذا هلك بعد ذلك الأصل قسم الدين عليه وعلى نمائه المستهلك، فما أصابه سقط وما أصاب نماءه ألزمه به الراهن.

 ⁽١) إذا كان النساء أجرة حدثت من عقد إجارة لم يأذن بها الراهن كانت ملكا للمرتهن؛ لأنها بدل منفعة منصوبة. الدر المختار ٥ج٥ ص٣٣٧٤.

 ⁽٢) يستنبى من ذلك الأرش فيهلك من الدين يقدر صايقابله؛ لأنه مدل عن جزء من الرهن فيعطى حكمه،
 إلى الإلى من المن الأنه بدل عن مالك.

أما غير المتولد من النماء فلا يصير رهنا إذا حدث في يد الرتهن وإما يعطى حكم الوديعة (١).

نفقات الرهن: وما يلزم لحفظ الرهن من نفتات يجب على المرتهن؛ لأنه مكلّف بحفظه، أما مايلزم لإصلاحه وبقائه فهو على الراهن لا م المالك، وإذا أنفق أحدهما على الرهن ما ليس واجبا عليه دون أن يأذنه الآخر فهو متبرع إلا إذا دعته الضرورة فاستأذن القاضى في ذلك وأذنه.

سداد الدين من الرهن: إذا كان الدين مؤجلا لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بإيضائه إلا إذا حل الأجل، وإذا كان حالا كان للمرتهن هذا الحق، فإذا أو فاه الراهن أخذ رهنه، وإذا أبى رفع المرتهن الأمر إلى القاضى، فيأمر القاضى المن بالوفاء أو ببيع الرهن فإن امتثل فيها، وإلا باعه القاضى جبرا عنه وسدد الدين من ثمنه، وإذا كان الرهن في يد عدل وكان وكيلا بالبيع فللعدل حينئذ بيع الرهن وسداد الدين من الثمن جبرا عن الراهن، فإن وفي الثمن بالدين فيها ويكون للراهن ما يبقى منه إن بقيت منه بقية. وإن لم يوف أعطى الثمن كله للمرتبن واستوفى بقيمة دينه بالطرق العادية (٢).

حكم الرهن الفاسد: وماذكرناه من الأحكام يترتب على الرهن إذا كان صحيحا فإن كان فاسدا لعدم استيفائه شرطا من شروط الصحة كما إذا كان الرهن مشاعا أو مشغولا بأمتعة الراهن فإما أن يكون سابقا على الدين أو لاحقا، فإن كان سابقا على الدين كان للمرتهن حق الحبس حتى يستوفى دينه، وكان أحق به من سائر الغرماء كالرهن الصحيح وكان كذلك مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وإن كان لاحقا للدين فلا يكون للمرتهن حق الحبس ولا يكون أولى به من سائر الغرماء، ولكن إذا هلك عنده فقد اختلف الحنفية في ضمانه، فذهب بعضهم إلى أنه يكون مضمونا كذلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وذهب آخرون ومنهم الكرخي إلى أنه لايكون مضمونا، والأول أصح كما في الهندية.

⁽۱) راجع الدر المختار ورد المحتار "ج٥ ص ٣٣٠ وما بعدها والهداية والعناية "ج٨ ص ٢٣٩. وذهب احمد إلى أن نماه الرهن متصلا أو منفصلا متولدا أو غير متولد إذا حدث في يد المرتهن يكون رهـ: مع أصله، كشاف القناع "ج٢ ص ١٩٥٧. وذهب مالك والشافعي إلى أنه لامكون هنا بل معد في يد المرتب أمانة، نهاية المحتاج "ج٤ ص ٢٨٠ والشد الكبير للدردير "ج" ص ٢٠٠٠.

أما الرهن الباطل فلا يتعلق به ضمان باتفاق ، ولا يملك به المرتهن حبس الرهن في الدين (١).

الكفالة

التعريف بها: الكفالة فى اللغة الفسمان يقال: كفل يكفل كفولا وكفلا والاسم الكفالة، ويقال: تكفلت بالمال أى التزمت به وتحملت به وكفلت به كفالة، وكفلت عنه بالمال وكفلته.

وعند الفقهاء ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بدين أو عين أو نفس، فالذمة المضمومة هي ذمة الكفيل وهو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصبل من الحق، والذمة المضموم إليها هي ذمة الأصيل وهو المطالب في الأصل، ويسمى المكفول عنه والمكفول، أما صاحب الحسق فهو المكسفول له وهو الطالب، والحق هو المكفول به.

وبناء على ماتقدم فالكفيل بكفالته يصبح مطالبا بما كان مطالبا به المكفول من دين أو تسليم نفس أو عين؛ لأن ذمته إنما انضمت إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة فقط، فيصبح كل من المكفول والكفيل مطالبا، ولاتشغل ذمة الكفيل بما شغلت به ذمة المكفول من دين أو غيره، وهذا هو الذي اختاره بعض الحنفية.

وذهب آخرون إلى أنها تصير بالكفالة مشغولة كذمة المكفول، ويؤيد هذا الرأى أن الدائن يجلوز له أن يهب الدين للكفيل وأن يشترى به عينا من أمواله، ومن المعروف أن تمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز، وليس يترتب على هذا الخلاف أثر عملى.

ركنها: ركنها الإيجاب والقبول من الكفيل والمكفول له عند الطرفين. ويكود بكل لفظ يفيد الضمان وقبوله، فالإيجاب كضمنت وكفلت وتحملت وأنا بذلك كفيل وحميل وزعيم، والقبول كرضيت وقبلت وأنفذت، وذلك لما في الكفالة من عليك المكفول له حق مطالبة الكفيل، فلابد أن يرضى مها كل منهما

الماء والنظائر الفن الثالث ص

وأما المكفول فلا دخل له في التنزام الكفيل ولا في تملك الأصيل، فلا تتوقف على رضاه ولا على علمه.

وروى عن أبى يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام وهو يتم بعبارة الكفيل، والمطالبة تثبت للمكفول له نتيجة لالتزام لاتملكا بعقد، فإن شاء استعمل حقه فطالب الكفيل، وإن شاء لم يستعمله، فلا يشترط فيه رضاه، وإلى هذا ذهب الأثمة الثلاثة. واستدلوا بحديث جابر رضى الله عنه: فقد روى أن رسول الله عليه أتى بميت ليصلى عليه فقال عليه الصلاة والسلام: "أعلى صاحبكم دين؟ قالوا: نعم يارسول الله، ديناران، فقال: "صلوا على صاحبكم" فقال أبو قتادة: هما على يارسول الله، فصلى عليه. فقد ارتضى عليه السلام كفالة أبى قتادة ولم يقبلها أحد، وصلى على الميت بناء عليها، وذلك دليل على أنها تتم بالإيجاب وحده.

وقد اختلف الرأى فى تمامها وحده على قول أبى يوسف، فقيل تنعقد به موقوفة على إجازة المكفول له، فلو مات قبل الإجازة بطلت، وقيل تنفذ به فلا تبطل بالموت ولكنها تقبل الرد من المكفول له إذا ردها فى حياته.

شروطها: تعد الكفالة من التبرعات ولذا يشترط فى الكفيل أهلية التبرع لأنه يعد بها متبرعا.

ويشترط فى المكفول له مايشترط فى المتبرع له فيصح أن يكفل إنسان دين المجنون والصغير الذى لايميز ويكون القبول من وليهما فى المجلس، ويصح قبولها من الصبى المميز لأنه نفع محض، وكذلك يصح قبولها من الفضولي ولكن تتوقف الكفالة على إجازتها من المكفول له، ولاتصح لمجهول لأنه لايملك، فإذا كفلت صديتك لمن يقرضه لم تصح الكفالة.

ويشترط في المكفول وهو الأصيل أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه، فلا تصح كفالة مدين مات مفلسا، وإلى هذا ذهب الإمام، وذهب الصاحبان إلى صحة كفالة دين الميت المفلس لحديث جابر بن عبدالله السابق، وألا يكون مجهولا جهالة فاحشة، فإذا قال شخص لآخر: كفلت لك شخصا تقرضه لم تصح الكفالة، ولكن لو قال له: كفلت لك هذا أو هذا بمالك

عليه صحت الكفالة، وعليه أن يعين أحدهما. ولايشترط فيه عقل فتصح الكفالة عن المجنون والصبى الذي لايميز. ويشترط في المكفول به، وهو المعقود عليه مايأتي:

(۱) أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تصح الكفالة بالحدود ولا ، بالقصاص لأن الكفيل لايحد ولا يقتص منه، ولكن تصح الكفالة بنفس من عليه الحد أو القصاص، للقدرة على تسليمه.

(٢) أن يكون مطلوبا من الأصيل بحيث يجبر الأصيل على تسليمه، وعلى ذلك تجوز الكفالة بالديون إذ يجبر المدين على أدائها، وبتسليم المبيع والمغتصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح والوديعة والعارية، إذ كل واجب التسليم عند قيامه فجازت الكفالة بتسليمه كما في الفتح، وعلى هذا لافرق بين عين مضمونة بنفسها أو بغيرها، وعين غير مضمونة إذا كانت الكفالة بتسليمها مابقيت فقط، فإذا هلكت فلا شيء على الكفيل، أما إذا كانت الكفالة بها بحيث يكون الكفيل ضامنا لقيمتها عند هلاكها فإنه يشترط في صحة الكفالة حينئذ أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمغصوب، أما إذا كانت مضمونة بغيرها كالمبيع قبل تسليمه والرهن، أو غير مضمونة كالعارية والعين المستأجرة فلا تصح الكفالة بها.

(٣) ويزاد على ماتقدم إذا كان المكفول به دينا أن يكون دينا صحيحا، ويراد به ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا تجوز الكفالة بدين الزكاة لسقوطه بالموت، واستثنى من هذا الشرط استحسانا دين نفقة الزوجة فتجوز به الكفالة وإن لم يكن صحيحا عند الحنفية لسقوطه بالنشوز عندهم، أما عند الشافعية فهو دين صحيح، وبهذا الرأى أخذت لائحة المحاكم الشرعية.

وكذلك يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالبة، وألا يترتب عليها أن يطالب الإنسان نفسه فلا يصح أن يكفل الوكيل بالبيع المشترى في الثمن؛ لأن المطالبة بالثمن من حقه ولايطالب الإنسان نفسه.

حكمها: الكفالة عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل فلا يملك أن يفسخه بدون رضا من المكفول له إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط فيجوز له عندئذ الرجوع عنها ماكان عدوله قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به، أما بعد

ذلك فلا يجوز، فإذا قال شخص لآخر: إذا أقرضت فلانا أنف جيد نأنا نيلم بها، وقبل جاز للكفيل أن يرجع عن كفالته قبل الإقراض لا بعده، بشرط أن يعلم المكفول له بذلك حتى لايتورط فى الإقراض كما جاء فى البحر. وهى غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يفسخها متى شاء؛ لأنها حق وله أن يتنازل عنه ويترتب على نفاذ الكفالة ثبوت الحق للمكفول له فى مطالبة الكفيل بما يطالب به الأصيل: من دين ثابت فى ذمة الأصيل فيلزم الكفيل بأدائه، أو نفس مطلوب إحضارها ليستوفى منها حق كدين أو قصاص مثلا فيطلب منه إحضارها، أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت ضمن قيمتها أو مين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت ضمن عليها أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت بلا تعد فلا شيء عليه فيطلب من الكفيل تسليمها فقط مادامت قائمة فإن هلكت بلا تعد فلا شيء عليه فيطلب من الكفيل تسليمها فقط مادامت قائمة

ولا يشترط فى ذلك تعذر مطالبة الأصيل به بل يكون للكفيل أن يطالب من يشاء منهما فى وقت واحد وأن يطالبهما معا وعن مالك رواية أخرى وهى أنه لايجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل.

وإذا شرط فى عقد الكفالة براءة الأصيل كان العقد حوالة لا كفالة؛ لأن العبرة بالمعانى لا بالألفاظ، كما أنه إذا شرط فى عقد الحوالة مطالبة المدين كان العقد كفالة لاحوالة.

تعدد الكفلاء: وإذا كفل الدين أكثر من كفيل واحد، فإن كفله كل واحد بعقد مستقل جاز مطالبة كل واحد منهم به، وأيهم أدى برئ الباقون والأصيل، وإن كفله الجميع بعقد واحد طولب كل منهم بحصته من الدين بعد قسمته على عدد رؤوسهم، فإن كانوا ثلاثة طولب كل واحد بثلثه. وهذا إذا لم يكفل كل واد أصحابه فيما هو كفيل به، فإن فعلوا طولب كل منهم بجميع الدين، وأيهم أدى برىء الآخرون والأصيل.

وقت المطالبة: وإذا كانت الكفالة منجزة والدين حالا كان للمكفول له مطالبة الكفيل في الحال، وإذا كان الدين مؤجلا تأجلت المطالبة إلى وقت حلوله، وإذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة على شرط ملائم لم يكن له حق المطالبة إلا

عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه أو عند تحقق الشرط الذى علقت به، فأن علقت على شرط غير ملائم بطلت فلم يترتب عليها أثر، وإذا كانت مؤقتة بمدة كسنة كذا أو من يوم كذا إلى يوم كذا اقتصرت المطالبة على تلك المدة فقط، فلا يطالب قبل ابتدائها ولابعد انتهائها.

الكفالة بالنفس: قد يطلب من شخص أن يحضر في وقت معين ليستوفى منه حق كدين أو قصاص فيحضر كفيلا بنفسه ليضمن إحضاره في ذلك الوقت حتى يستوثق من حضوره فيه فلا يغيب عند طلبه، فإذا كفله الكفيل في ذلك صحت كفالته ووجب عليه إحضاره في ذلك الوقت بناء على طلب المكفول له، وليس للمكفول له أن يطالب الكفيل بإحضاره قبل الوقت، ولكن له حق المطالبة في الوقت وبعده، ومع ذلك إذا أحضره الكفيل قبل حلول الوقت برئ من الكفالة، بسواء أقبله المكفول أم لا؛ لأنه التزم بإحضاره مرة واحدة فلا يكلف غيرها.

وإذا طالبه المكفول له بإحضاره فى الوقت فلم يفعل نظر، فإن كان ذلك لطل حبسه القاضى، وإلا بأن كان لعذر فلا شىء عليه، ولايلزم بالحق فى الحالين، ومن العذر هروب المكفول وعدم العلم بمكانه.

وذهب مالك وأحمد إلى أنه يلزم بالحق إذا كان دينا في هذه الحال.

وإذا قيد إحضار المكفول بمكان لزم ذلك الكفيل عند زفر وعليه الفتوى. وإذا أطلقت الكفالة بالنفس عن الوقت كان على الكفيل إحضاره عند الطلب، فإذا أحضره بناء على الطلب برئ، وكذلك إذا أحضره من غير طلب يبرأ إذا أخبر إنما يحضره بناء على الكفالة.

وفى جميع الأحوال المتقدمة لايكون إحسضاره سببا لبراءة الكفيل إلا إذا كان في مكان تمكن مخاصمته فيه، فإن أحضره فى مكان لا تمكن مخاصمته فيه لم يبرأ بإحضاره.

وتبطل هذه الكفالة بموت المكفول، وكذلك تبطل بموت الكفيل، ولايقوم وارثه مقامه فيها لأنه لم يلتزم، ولا تبطل بموت المكفول له، بل يكون لوارثه حق الطلب.

الكفالة بالدين: تصح الكفالة بالدين سواء أكان معلوم المقدار وقت الكفالة أم غير معلوم، وسواء أكان ثابتا في الذمة وقت الكفالة أم موعودا به، وعلى هذا إذا قال شخص لآخر: أنا كفيل لك بما على فلان من الدين صار كفيلا وإن لم يعلم مقدار هذا الدين. وكذلك إذا قال له: أنا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان، أو أنا كفيل بما يقرضه لفلان، وكذا إذا قال لمشتر: أنا كفيل بما يدركك في هذا البيع «ويسمى هذا ضمان الدرك» فيكون بذلك ضامنا للثمن عند استحقاق المبيع وتنفذ الكفالة في جميع هذه الصور ومامائلها.

وإذا كان الدين المكفول مجهولا لدى الكفيل فاختلف مع الأصيل أو مع المكفول له في مقداره لم يلزم المكفيل إلا بما يقر هو به أو بما تقوم عليه السبينة، ولاينفذ إقرار المدين عليه ولا مصادقة الدائن والمدين؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولكن لو كانت الكفالة بما ثبت على فلان لفلان فإن إقرار المدين يكون حجة على الكفيل في هذه الحال من جهة أن إقراره كاف في ثبوت الدين.

والدين إما مؤجل على الأصيل أو حال. فإن كان مؤجلا على الأصيل فكفله الكفيل كفالة مطلقة كان مؤجلا كذلك على الكفيل، وإن كفله على أن يكون حالا عليه لزمه حالا؛ لأن الأجل حق له وله إسقاط حقه.

وإن كان الدين حالا فكفله شخص كان حالا عليه، وإن كفله على أن يكون مؤجلا تأجل كذلك على الأصيل لقبول الدائن تأجيله إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه كأن يقول: على أن يكون مؤجلا بالنسبة لى، أو قبل الطالب الكفالة على أن يكون الأجل للكفيل وحده، فعندئذ لا يتأجل على الأصيل، ويقتصر التأجيل على الكفيل.

وإذا كان الدين المكفول حالا فأجله على الأصيل تأجل على الكفيل تبعا، وإذا أجله للكفيل لم يتأجل على الأصيل.

وإذا كان الدين مؤجلا فتنازل الأصيل عن الأجل لم يلزم ذلك الكفيل، كما لايلزم ذلك الأصيل إذا كان التنازل عن الأجل من الكفيل.

الرجوع بالدين على الأصيل: وإذا أدى الكفيل الدين كان له حق الرجوع به على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره، وكان أمره معتبرا، بأن كان بالغا عاقلا، فإن كان صبيا مميزا لم يعتد بأمره.

وقد يكون الأمر صراحة كقوله: اكمفلنى، وقد يكون حكميا كمما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجتة في مهرها، فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولى عنه فكانت كفالته كأنها بالأمر.

وإن كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يكن للكفيل حق الرجوع إذا أدى؛ لأنه يعتبر بأدائه متبرعا.

وذهب مالك وأحمد إلى أن له حق الرجوع كذلك، فإن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين، فيحل محله في المطالبة.

ومبنى هذا الخلاف خلافهم فى جواز تمليك الدين لمغير من عليه الدين. لا يجوزه الحنفية فلم يعتبروا ذلك تمليكا من الدائس، ويجوزه مالك فجاز له أن يجعل ذلك تمليكا، واستبتع ذلك رجوع الكفيل على المدين بما أدى؛ لأنه حل محل الدائن فى دينه.

وإذا أدى الكفيل الدين إلى الدائن قبل حلول أجله لم يكن له أن يرجع على الأصيل إذا كان له حق الرجوع إلا عند حلول الأجل على الأصيل، إذ لا يستطيع الإضرار بغيره.

تأثير الموت في الكفالة: إذا توفى المكفول له لم يمكن لوفاته أثر وحل وارثه محله في المطالبة؛ وإذا توفى المدين أو الكفيل، وكنان الدين مؤجلا حل الدين بالنسبة للمتوفى منهما. فإن كان الأصيل كان للدائن أخذه من تركته وبأخذه يبرأ الكفيل، وإن كنان الكفيل كنان للدائن أخذه من تركته وللورثة أن يرجمعوا على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وكان حالا فإن كان مؤجلا انتظروا حلول الأجل.

وإذا ماتا معا كان للدائن أخذه من أى التركتين أراد، فإن أخذه من تركة الأصيل برتت تركة الكفيل، وإن أخذه من تركة الكفيل كان لورثته الرجوع فى تركة الأصيل بالشرط المتقدم، وإذا مات أحدهما مفلسا رجع الدائن على التركة الموجودة.

البراءة من الكفالة:

(١) إذا أدى الأصيل الدين برئ الكفيل وكفيله إن كان له كفيل، وكذلك إذا أدى الكفيل الدين برئ الأصيل بالنسبة للدائن.

- (٢) إذا أبرأ الدائن الأصيل برئ الكفيل تبعا له؛ لأن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل، ولكن إذا أبرأ الدائن الكفيل لم يبرأ الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل معناه إسقاط كفالته، ولا يلزم من سقوط الكفالة سقوط الدين.
- (٣) إذا توفى الدائن وانحصر ميراثه فى المدين برئ الحفيل، فبإن كان من الورثة برئ بقدر مايسقط عنه من الدين.
- (٤) إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة مقبولة برئ بذلك الكفيل؛ لأنها توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعا له.

الحوالة

إذا كنت مدينا لمحمد بألف جنيه، فطلبت منه أن يستوفيها من محمود وقبل ذلك منك كل من محمد ومحمود ، فإن الدين بقبولهما ينتقل من ذمتك إلى ذمة محمود وتصبح بريئا منه، فلا تطالب به وإنما يطالب به محمود، وهذا التعاقد هو مايسمى بالحوالة، وتسمى به أنت محيلا، ويسمى به محمد محالا ومحتالا ومحالا له ومحتالا له ومحتالا له، وإذن فالحوالة هى نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر.

ركنها: الحوالة عقد لايتم إلا بين عاقدين يجب أن يكون أحدهما المحتال باتفاق. سنواء أباشر العقد بنفسه أم بواسطة نائب عنه، فإن باشره عنه فنضولى توقف العقد على إجازته.

أما العاقد الثانى، فإما أن يكون المحتال عليه، وما أن يكون المحيل، فإن كان المحتال عليه صحت الحوالة، ونفذت إذا رضى بها المدين اتفاقا، كأن يقول شخص لمن له دين على آخر: احتل بهذا الدين على فيقول الدائن: قبلت، ويرضى المدين بذلك. فإن لم يرض عنها صحت ونفذت على رواية الزيادات.

وجاء فى القدورى أنه يشترط فى تمامها رضاه، ووجه هذا القول أن ذوى المروءة يأنفون أن يتحمل غيرهم دينهم فلابد من الرضا، ووجه رواية الزيادات أن الحوالة فى هذه الحال التزام ليس المدين طرفا فيه فلا يشترط رضاه.

وإن كان العاقد الثاني المحيل اشترط لتمامها رضا المحال عليه عند الحنفية،

ومثال ذلك أن يقول مدين لدائنه: أحلتك على فلان لتستوفى دينك منه فيقبل فإذا رضى المحال عليه تمت الحوالة وإذا لم يرض لم تتم، لأن الديسن ينتقل بها إلى ذمسته، وذلك الترام فلابد من أن يكون من ناحيسته؛ ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يشترط فى الحوالة أنا يكون المحال عليه مدينا للمحيل وعلى ذلك لا يكون رضاه شرطا لتمامها عندهم؛ لأنه يجب على المدين أن يؤدى الدين إلى الدائن وإلى من يطلب الأداء إليه فإن لم يكن المحال عليه مدينا كانت الحوالة عليه من قبيل الكفالة ووجب لتمامها عند ذلك رضاه.

وإذن فركنها الإيجاب والقبول من المحتال ومن باشر معه العقد من المحيل أو المحال عليه على الوجه الذي شرحناه.

شروطها: يشترط في كل من المحيل والمحال العقل والبلوغ فالحوالة على الصبى المميز وإحالته على آخر متوقفة على إجازة وليه، ويشترط لنفاذ إجازته أن يكون المحال عليه أملأ من المدين عندما يكون المحتال صبيا حتى تكون الحوالة في مصلحته.

وكذلك يشترط فى المحال عليه أن يكون من أهل التبرع؛ لأن قيامه بأداء الدين عن المدين يعتبر تبرعا.

ويشترط فى الدين المحال به أن يكون صحيحا معلوما، فـلا تصح الحوالة بالدين المجهول.

ويشترط فيها كذلك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول^(١) وأن يكون المحيل مدينا للمحال وإلا لم يتحقق معنى الحوالة.

أتواعها: الحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فتكون مقيدة إذا تضمن عقدها تقييدها بدين في ذمة المحال عليه للمحيل أو بأمانة له عنده. ومثالها أن يكون لك عند شخص دين أو وديعة فتحيل عليه دائنا لك ليستوفى دينه مما لك عند هذا الشخص من دين أو وديعة.

⁽١) وفي البزازية لو أحال شخص دائنه على شخص آخر غائب فقبل ذلك الشخص بعد أن علم بالحوالة صحت، ولاتصح في غيبة المحتال إلا أن يقبل رجل عنه الحوالة. مجمع الانهر ١٤٧٠ - ١٤٧٠.

وتكون مطلقة إذا لم تقيد بشيء من ذلك وإن كان المحال عليه مدينا في الواقع للمحيل أو وديعا.

حكمها: يترتب على الحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة ما يأتى:

أولا: براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفاقا، أما براءة ذمته منه فمحل خلاف، فذهب أبو يوسف إلى أن ذمته تبرأ منه أيضا، وذهب محمد إلى أنه لايبرأ منه بل تظل ذمته مشغولة به، والأول أصح كما في فتح القدير. وتظهر ثمرة الخلاف فيما يأتى:

(١) إذا أبرأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف: لايصح؛ لأنه غير مدين، وقال محمد : يصح لأنه مدين، وإذن يبرأ المحال عليه كذلك لسقوط الدين بالبراءة.

(ب) إذا أحال السراهن المرتهن بدينه على آخر كان له أن يستسرد الرهن من المرتهن عند أبى يوسف؛ لأنه أصبح غير مدين، وليس له ذلك عند محمد؛ لأنه لايزال مدينا، وإنما أرجئت مطالبته إلى حين.

غير أن براءة ذمة المحيل عند من يرى ذلك مقيدة بسلامة حق المحال وإن لم يشترط ذلك في عقد الحوالة، ولأنه مقتضى العرف، والمعروف عرف كالمشروط، وعلى ذلك إذا لم يسلم ما للمحال من حق قبل المحتال عليه كان له الرجوع على المحيل بدينه لأنه ما ثبت له لدى المحال عليه خلف عما كان له عند المحيل، فإذا فاته الخلف رجع إلى الأصل، ويتفرع على ذلك أنه إذا توى الدين عند المحال عليه كان للمحال أن يرجع به على المحيل فيعود إلى مطالبته به والتنفيذ عليه.

وتواء الدين لايتحقق إلا بأحد الأمرين الآتين: الأول: أن يموت المحال عليه مفلسا لم يترك أداء للدين ولا كفيلا به، ويضاف إلى ذلك أن يحكم بإفلاسه عند الصاحبين خلافا للإمام لأنه يرى ألا يحجر على مدين. الثانى: أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا دليل عليه، ففي هاتين الحالين يرجع المحال على المحيل.

ثانيا: انتقال الدين بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ومطالبته به بناء على ذلك (١) فإن كان حالا انتقل حالا وطولب المحال عليه بأدائه

⁽۱) هذا على رأى أبى يوسف، أما على رأى محمد فلا ينتقل ولكن ذمة المحال عليه تشغل به أيضًا بصفته التي هو عليها.

حالا، وإن كان مؤجلا انتقل كذلك وتأجلت المطالبة إلى حلول الأجل، فإن مات المحيل حينشذ لم يؤثر موته فى الأجل، وإن مات المجال عليه حل الدين بموته واستوفى من تركته؛ لأن الدين يحل بموت المذين دائما، فإن لم تف تركته وبقيت منه بقية رجع بها المحال على المحيل بتوائها حينئذ.

ثالثا: وكذلك يترتب عليها عندما تكون مقيدة انقطاع حق المحيل في المطالبة عالم عند المحال عليه من دين أو عين قيدت بهما الحوالة، وذلك لتعلق حق المحال بهما، فليس للمحيل بناء على ذلك أن يطالب المحال عليه بشيء منهما، ولا يملك المحال عليه أن يدفع شيئا منهما إلى المحيل، فإذا فعل كان ضامنا، لأنه استهلك بهذا العمل مالا تعلق به حق المحال.

أما إذا كانت الحوالة مطلقة وكان لدى المحال عليه للمحيل دين أو عين لم تقيد بهما الحوالة فلا يكون لها تأثير فيما للمحيل من حق في مطالبة المحال عليه بتسليم ذلك إليه، وإذا سلمه إليه لم يؤثر ذلك في بقاء الحوالة، وللمحيل أن يستمر في مطالبة المحال عليه بما له عنده من دين أو عين، وإذا أجابه إلى ماطلب لم تبطل الحوالة به.

غير أن المحال عليه إذا كان مدينا للمحيل وأدى للمحال دينه ففى ذلك صورتان:

الأولى: أن يكون المحيل طرفا في عقد الحوالة أو تكون الحوالة بأمره، وفي هذه الحال يسقط عن المحال عليه بطريق المقاصة من دين المحيل بقدر ما أدى للمحال، فإن زاد ما أداه رجع بالزيادة على المحيل.

الثانية: ألا يكون المحيل طرفا في عقد الحوالة ولم تكن بأمره، وفي هذه الحال يكون المحال عليه متبرعا بما أداه للمحال فلا يسقط عنه شيء من دين المحيل وعليه أداؤه.

مبطلات الحوالة: علمنا أن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حق المحال؛ لأن ذلك معروف عرفا فصار كالمشروط، ولو أن المحال اشترط لنفسه في عقد الحوالة خيار الرجوع على المحيل إذا تعذر عليه الاستيفاء من المحال عليه لصح ذلك ولكان له حق الرجوع.

وعلى ذلك إذا بطلت الحوالة بسبب من الأسباب دون أن يستوفى المحال دينه كان له حق السرجوع به على المحيل؛ لأن المقصود منها الاستيثاق والوفاء على أحسن وجه، فإذا فات ذلك عاد المحال إلى حقه الأول وهو مطالبة المحيل بالوفاء، كالدائن الذى يصالح عن دينه على عين معينة فتهلك قبل أر يتسلمهما فإن دينه بود كما كان.

والحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة تبطل بسبب من الأسباب الآتية:

(۱) أن يجحد المحال عليه الحوالة ولابينة عليه، وتوجه إليه اليمين فيحلف إذ لا وسيلة إلى إلزامه حينئذ بأداء الدين. وبذا تصيـر الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر الطلة.

(٢) أن يموت المحال عليه مفلسا فلا يترك مالا يفى بالدين ولم يتسرك كفيلا به إذ لاسبيل إلى الوفاء حينئذ فتسبطل، فإن ترك مالا يفى بالدين أو كفيلا به لم تبطل الحوالة لإمكان الاستيفاء.

وإذا ترك مايفي ببعض الدين بطلت بالنسبة للباقي.

وإذا ترك مالا يفى به ولكنه مدين بديون أخرى فإن مايوجد له من مال يقسم بين جميع غرمائه _ ومنهم المحال _ قسمة تناسبية بقدر ديونهم ونسبتها بعضها إلى بعض ثم تبطل الحوالة بالنسبة لما لم يوف من دينها فيرجع به المحال على المحيل.

(٣) أن يحكم بإفلاس المحال عليه في حياته، وإلى هذا ذهب الصاحبان لأنهما يريان الحجر بسبب الدين، فإذا حكم بذلك وقسمت أمواله بين دائنيه حسب ديونهم بطلت الحوالة بالنسبة إلى مالم يوف من دينها، ويرجع به المحال على المحيل، لتحقق عجز المحال عليه حينئذ عن الأداء، وخالف في ذلك الإمام فقال لانبطل لأن العجز غير متحقق فإن مال الله غاد ورائح، وعسى أن يرث أو يوهب له أو يتجر فيربح.

وخالف في الأسباب الثالثة الشافعي وأحمد والليث بن سعد بناء على أن براءة المحيل من الدين تمت مطلقة عن أى شرط، فلا ترتفع إلا بسبب جديد، وقد رضى بها المحال فلا موجب لرجوعه؛ لأن الحال عليه قد أصبح بذلك دينا للمحال فتواء الدين لديه كتوائه لدى أى مدين.

وذهب مالك إلى أن المحال عليه إذا كنان مفلسا ولم يعلم بذلك المحال ولم يرض به، يرض به بعد العلم كنان له الرجوع على المحيل؛ لأن إفلاسته عيب لم يرض به، وإلا لم يكن له حق الرجوع، وهذه رواية عن أحمد وهو أعدل الأقوال.

والمقيدة ضربان: مقيدة بدين ومقيدة بعين. فإن قيدت بدين على المحال عليه للمحيل ثم ظهرت براءة المحال عليه بسبب سابق على الحوالة بطلت، كما إذا كان الدين ثمنا لمبيع ثم ظهر استحقاق المبيع وأن المحيل قد باع مالا يملك، وإن ظهرت براءته بسبب عارض بعد الحوالة فلا تبطل عند أثمتنا الثلاثة استحسانا وتبطل عند زفر والشافعي، كما إذا كان المحيل بائعا فاستوجب ببيعه دينا على المشترى منه ثم أحال عليه دائنا له ليستوفى دينه مما في ذمته من ثمن، ثم تلف بعد ذلك المبيع في يد المحيل قبل تسليمه إلى مستريه _ وهو المحال عليه _ فإن البيع يبطل ويسقط الثمن عن المشترى فتبرأ ذمته منه فإن البراءة من هذا الدين بعد تمام الحوالة.

وجه قــول زفر والشافعى أن الحــوالة مقيــدة بدين لم يعد له وجود فــتبطل لسقوطه.

ووجه قول أثمتنا الثلاثة أن الحوالة في هذه الحال قيدت بدين موجود عند إنشائها فلا يؤثر فيها عارض يسقطه بعد إنشائها حين نشأت صحيحة لازمة، بخلاف الحال الأولى، فإنها قيدت بدين غير موجود في الواقع فنشأت باطلة.

وإن قيدت بعين مضمونة «كالمغصوب لدى المحال عليه» فتلفت العين عنده لم تبطل لأن بدل العين يقوم مقامها. وإن قيدت بعين هى أمانة فى يد المحال عليه فتلفت تلفا يوجب ضمانها لم تبطل الحوالة لقيام بدل العين مقامها فى الوفاء، ولذا تبطل الحوالة باستحقاق العين المقيدة بها فى جميع الأحوال لعدم وجود بدل لها عند الاستحقاق يقوم مقامها فى الوفاء منه.

على للمحال امتيال على سائر نرماء؟ لبس للسحال استياز على سائر الغرماء، وبناء عليه إذا قيدت الحوالة بدين أو عين، ثم توفى المحيل مدينا بديون أخرى غير دين المحال قبل أن يستوفى المحال دينه من المحال عليه لم يكن المحال أولى من سائر الدائنين بما عند المحال عليه من مال للمحيل، بل يقسم هذا النابين جميع الدائنين بنسبة ديونهم لا يفضل المحال عليهم؛ لأنه لايزال مالا محلود

للمحيل. ولم يشبت للمحال عليه حق اختصاص به؛ لأن ذلك لايكون إلا باليد كالمرتهن، وليست له يد عليه، فإذا بقى للمحال بعد القشمة شىء من الدين لم يطالب به المحال عليه؛ لأن الحوالة مقيدة بما كان عنده من مال، وقد قسم بين الغرماء، وإنما يتبع تركة المحيل إذا ظهر له مال، فإن لم يظهر له ال فلا سبيل إلى وفائه.

وذهب زفر إلى أن المحال يكسون أولى من سائر الغرماء بالنسبة لهذا المال، فيستوفى منه حقه أولا كما يستوفى المرتهن حقه من الرهن وذلك لثبوت حقه فيه بالحوالة، وليس من الواجب أن يكون حق الاختصاص نتيجة يد، بل كما يكون بسبب اليد فى الراهن يكون كذلك بسبب الحوالة المقيدة.

اثر الموت في الحوالة: وفاة المحيل لاتأثير لها في الحوالة إذا كانت مطلقة في المحال على مطالبة المحال عليه بأداء الدين، فإذا أداه بعد الوفاة فإن الظاهر لى أنه يكون مختصا به، ولايحق لسائر غرماء المحيل أن يشاركوه فيه بقدر ديونهم إذا احتاجوا إلى ذلك بسبب عدم وفاء التركة.

ووجه ذلك أن المحيل قد برئ من دين المحال بمقتضى عقد الحوالة، وصار المحال دائنا للمحال عليه لا للمحيل، ولكن ما نقله ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن البزازية والحاوى يفيد أن هذا المال لايختص به المحال بل يشاركه فيه سائر غرماء المحيل، بناء على أن الحوالة تبطل بالموت وأن المحال يصير دائنا للمحيل بمجرد موته، وهذا غير ظاهر؛ لأنه لو صح أنها تبطل بالموت لترتب على ذلك عدم إلزام المحال عليه بالدين بعد وفاة المحيل وانقطاع مطالبة المحال بما أحيل به على المحال عليه.

وإن كانت الحوالة مقيدة بعين أو دين لدى المحال عليه بطلت بوفاة المحيل، فإن هذه العين أو هذا الدين يتعلق بهما بمجرد الوفاة حق ورثة المحيل لقيامهم مقام مورثهم فيما كان يملك، وذلك منه، فلهم وحدهم حق المطالبة بهما، وبذا تبطل الحوالة ويرجع المحال على تركة المحيل.

وإذا مات المحال قام وارثه مقامـه في مطالبة المحال عليه، وفي حق الرجوع على المحيل عند التوى.

وإذا مات المحال عليه، فإن كانت الحوالة مقيدة بطلت بموته؛ لأنها التزام فى مال مملوك للمحيل، وقد سلط عليه من قبله وذلك التسليط لاينتقل إلى الورثة بل يبطل بالوفاة، وعندئذ يرجع المحال على تركة المحيل، وإن كانت مطلقة استوفى المحال دينه من تركته باعتباره دائنا من دائنيها، فإن بقيت له بقية رجع بها على المحيل لتواثها حينئذ.

براءة المحال عليه : يبرأ المحال عليه بسبب من الأسباب الآتية:

(۱) أداؤه الدين إلى المحال، وعند ذلك يكون له حق الرجوع به على المحيل إن كانت الحوالة بأمره وكانت مطلقة ، ولم يكن مدينا له بمثل ما أدى أو أكثر، أما إذا كانت بغير أمره ـ ولو كانت برضاه على ماهو رأى جمهور الحنفية ـ فلا يرجع لأن المحال عليه متبرع حينئذ بأدائه الدين.

وأما إذا كانت مقيدة بمال، فإن وفاء الدين المحال به يكون من هذا المال، فإذا لم يف لم يلزم المحال عليه بأداء زيادة الدين. فإذا أداها كان متبرعا، ولايكون له حق الرجوع على المحيل. وإذا لم يؤدها فالظاهر أنه يكون للمحال أن يرجع على المحيل حقه؛ ذلك لأن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال.

وأما إذا كان المحال مدينا بمثل ما أحيل به عليه أو أكثر فإن كانت الحوالة بأمر المحيل فإنه يسقط من الدين بقدر مايؤديه إلى المحتال، وإن لم تكن بأمره لم يسقط شيء كما هو الظاهر.

(٢) إذا أبرأ المحال المحال عليه من الدين، وعند ذلك لايكون لأحدهما حق الرجوع على المحيل؛ وإن كانت الحوالة بأمره؛ لأن البراءة تعتبر حينئذ تنازلا من المحال عن الدين لاتمليكا، ولذا لايسقط بها ماقد يكون للمحيل لدى المحال عليه من دين.

(٣) إذا أحال المحال عليه المحال حوالة صحيحة، فإن كانت على المحيل كان ذلك فسخا للحوالة الأولى، ولذا لايترتب على توى الدين لدى المحيل فى هذه الحال الرجوع على المحال عليه باعتباره محيلا، وأما إذا كانت على غيره، فهى حوالة يترتب عليها جميع آثارها.

- (٤) هبة الدين من المحال للمحال عليه، وعند ذلك يكون للمحال عليه حق الرجوع على المحيل إذا كانت الحوالة بالأمر، ولذا يلتقى الدينان قصاصا إذا كان المحيل عليه مدينا للمحيل، أما هبته للمحيل من المحال فغير صحيحة على المفتى به.
- (٥) إذا مات المحال ولا وارث له غير المحال عليه، فحكم ذلك حكم هبة الدين له.

الشركة

الشركة نوعان: شركة ملك وشركة عقد. وشركة الملك كذلك ضربان: اختيارية: وهى التى تنشأ من أن يتملك اثنان أو أكثر عينا من الأعيان بسبب من أسباب الملك، كأن يشترياها معا. واضطرارية وهى الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيهما اختلاطا لايمكن من الفصل بينهما، كأن يكونا من نوع واحد كمقدارين من الأرز، أو يكون محكنا مع كثير من المشقة كمقدار من أرز مع آخر من قمح، أو عن اشتراك شمخصين في ميراث من آخر. وليست شركة الملك من العقود ولذا فهى خارجة عن موضوعنا وعلى ذلك لانبين إلا شركة العقد.

شركة العقد: هي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن رأس مال.

ركنها: ركنها الإيجاب والقبول. كأن يقول أحد الشريكين أو الشركاء شاركتك في كذا أو شاركتكم في كذا أو مايؤدي هذا المعنى ويقبل غيره ذلك.

شروطها: يشترط فيها مايأتي:

- (١) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول؛ لأنها من العقود المالية.
- (٢) أن يكون كل من عاقديها أهلا للتوكيل والوكالة إذ كل شريك في الشركة وكيل عن الآخرين فهو موكل لغيره ووكيل عنه.
- (٣) أن يكون المعتمرد عليه قبابلا للوكالة الميكون تنسوف كل واحمه منهم للجميع، فيكون لنفسه أصالة ولغيره بمقتضى الوكالة، وعليه فلا شركة في أخذ

مال مباح كالاحتطاب والاصطياد لأنه لايجوز فيه التوكيل، إذ يتملكه من يستولم عليه بمجرد الاستيلاء وليس لغيره عليه أمر فيه.

(٤) أن يكون الربح جزءا شائعا معلوم القدر حتى لايكون عدم شيوعه مؤديا إلى قطع الشركة فى الربح ولاعدم الجهل بقدره مفضيا إلى النزاع، وهذه هي الشروط العامة فى شركة العقد.

أقسامها: تنقسم الشركة ثلاثة أقسام: شركة أموال وشركة أعمال وشركة وجوه. وكل قسم من هذه الأقسام ينقسم قسمين: شركة مفاوضة وشركة عنان ولقسمة الأنواع الثلاثة إلى مفاوضة وعنان نبدأ ببيان معنيهما.

شركة العنان: كلمة العنان إما مأخوذة من اعن الى كذا أى عرض فسميت بذلك؛ لأن كل شريك فيها عَن له أن يشترك مع الآخرين، وإما مأخوذة من عنان الفرس؛ لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف في المال لشريكه. ويريد بها الفقهاء أن يشترك اثنان أو أكثر في رأس مال أو في عمل على أن يكون الربح الناتج مشتركا بينهما.

وتتضمن الوكالة فيكون كل من الشركاء وكيلا عن الآخر في التصرف، حتى إذا تصرف كان لنفسه بطريق الأصالة ولسائر الشركاء بطريق الوكالة فتتحقق الشركة، وإلا كان التصرف له خاصة فيختص بالربح، وتصح في أي نوع من أنواع الاتجار مع التفاضل في رأس المال والربح، أو مع التساوى فيهما، أو مع التفاوت في أحدهما والتساوى في الآخر متى عمل كل الشركاء، فإذا كان العمل على بعضهم فقط وجب أن يكون سهم غير العامل في الربح مناسبا مع سهمه في رأس المال حتى لا يعطى من الربح ما ليس له مقابل ولكن يصح زيادة ربح العامل عن حصته في رأس المال نظير عمله.

وقال الشافعى وزفر ومالك: لاتصح الشركة مع المساواة فى المال والتفاضل فى الربح، ولا مع الشفاضل فى المال والمساواة فى الربح؛ لأن الربح نتيسجة النافيجب أن يكون الاشتراك فيه على وفق الاشتراك فى المال، والصحيح أن الربح يستحق بالمال والعمل والضمان، ومن آثار ذلك أنه لايجب أن يكون الاشتراك فى الربح على وفر الاشتراك فى رأس المال بل يسصح أن يختلف فكان وأى الحناب أحده

شركة الأموال: يجب أن يكون رأس مالها من الذهب أو الفضة أو النقود المتداولة ويجب أن يكون حاضرا، فلا يصح إدخال الديون فيها إلا بعد أدائها وصيرورتها نقودا، وعليه لايصح أن يتكون رأس مالها من العروض إلا إذا باع أحد الشريكين حصة شائعة في عروضه بحصة شائعة في عروض صاحبه فتصير العروض بذلك مشتركة بينهما، وعند ذلك يصح لهما أن يعقدا الشركة على هذه العروض بقدر ما لكل فيها.

ولايشترط في هذه الشركة خلط أموال الشركاء ولا تسليمها بل تتم بالتعاقد فإذا تصرف أحد الشركاء في حصته كان تصرفه لحساب الشركة بناء على التعاقد الذي صار به وكيلا عنهم، وإذا حصل ربح كان بينهم على حسب الاشتراط مع ملاحظة مابيناه في شركة العنان، وأما الخسارة فيجب أن تكون على حسب ما لكل منهم في رأس المال، وإن شرط غير ذلك كان شرطا لاغيا.

ويكون لكل شريك فى هذه الشركة أن يتصرف فيها على حسب مااتفق عليه الشركاء فى عقد الشركة، ولايخرج عن ذلك إلا برضاهم، إذ إنه وكيل عنهم فيتقيد بما يقيدونه به، فإن خالف كان التصرف له خاصة ولم ينفذ على الشركاء.

وهذه الشركة إذا تحققت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة وبعيد أن يحصل ذلك وإلا فهي شركة عنان.

شركة الأعمال: ويسمى هذا النوع أيضا شركة الصنائع وشركة البتبل وشركة الأبدان، ويراد بها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والأعمال غلى الاشتراك في تقبل الأعمال من الناس على أن يكون ربح هذه الأعمال أو أجورها مشتركة بينهم على حسب مايتفقون عليه، وذلك كاشتراط نجارين أو بناءين أو مهندسين أو معبين، ولا يشترط فيها اتحاد مهنة الشركاء فيجوز اشتراك نجار مع طبيب وبناء مع مهندس، ولايشترط فيها التساوى بين الشركاء في الربح، ولايلزم فيها أن يكون الربح على حسب العمل؛ لأن الأعمال تختلف، وإجادتها كذلك تختلف. وهي تتضمن الوكالة فكل عمل يتقبله أحد الشركاء يكون مطلوبا من باقيهم؛ لأنه يعتبر وكيلا عنهم في تقبله، ولذا يكون الكسب بينهم جميعا على حسب الشرط وإن لم يعمل أحدهم؛ لأنه يستحق الأجر حينئذ بضمانه والتزامه،

ولهذا كانت شركة العنان فى الأعمال فى حكم شركة المفاوضة من حيث ضمان العمل فقط، وجواز مطالبة كل شريك بأجره وجواز دفع الأجر لكل شريك، وليس هذا فى شركة العنان فى الأموال إذ يطبق فيها أحكام إلوكالة، وذهب الشافعى إلى أن هذه الشركة غير جائزة لعدم المال فيها.

شركة الوجوه: ويقال لها شركة المفاليس، وسميت بشركة الوجوه لانها تنبى على ما للشركاء فيها من وجاهة ومنزلة فى الناس بسبب حسن المعاملة، ويراد بها أن يشترك اثنان أو أكثر عمن ليس لهم رأس مال على أن يشتروا بالمنسيئة ثم يبيعوا مايشترونه على أن يكون مايربحونه من هذه التجارة بينهم. وهذا النوع من الشركة غير جائز عند الشافعي ومالك.

وإذا تمت هذه الشركة تضمنت وكالـة كل شريك عن سائر الشركاء، وإن شرطوا التساوى بينهم فى كل شىء وتوافرت فيهـا شروط المفاوضة كانت مفاوضة وإلا كانت عنانا. وسبب استحقاق كل شريك حصته من الربح فى هذه الشركة هو ضمانه. وبما أن ضمان ثمن المسترى هو بحسب ما لـكل شريك فيه من حصة وجب أن يكون تقسيم الربح بينهم على حسب مـا لكل منهم من سهام فى الشركـة، فإذا شـرط لأحدهم زيادة كان شـرطا لاغيـا والحسارة فـيهـا على قدر حصمهم كذلك.

انتهاء الشركة: والشركة عقد غير لازم لتضمنه الوكالة التي هي عقد غير لازم، فتبطل بما يأتي:

- (١) فسخ أحد الشركاء للشركة بشرط أن يعلم صاحبه بذلك.
- (۲) جنون أحد الشركاء جنونا مطبقا وإن لم يعلم شريكه بذلك لأنه قد
 انعزل عن وكالته بفقد أهليته.
 - . (٣) موت أحد الشريكين وإن لم يعلم الآخر بذلك لما تقدم.

وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين لم تنفسخ بالأسباب المتقدمة إلا في نصيب من خرج عن الأهلية أو فسخها وبقيت بين الآخرين.

(٤) هلاك المال المشترك جميعه، فـتنفسخ بذلك بين جميع الشركاء لزوال محلها.

المضاربة

التعریف بها: هی نوع من الشركة یكون فیها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر؛ وتسمی كذلك مقارضة وقراضا، لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ویسلمه إلی العامل وهو المضارب، وقد سمی بذلك لأنه یضرب فی الأرض ویسعی فیها قصدا إلی التجارة وتنمیة المال.

وقد عرفها الفقهاء بأنها عقد على الاشتراك فى الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر. وقد يتعدد صاحب رأس المال كما يتعدد العامل وهى من العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر.

ركنها: الإيجاب والقبول، ويكون ذلك بكل مايدل على معناها كأن يقول رب المال: خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه أو اعمل فيه على ذلك أو اتجر فيه ونحو ذلك.

شروطها: يشترط فى رب المال أن يكون أهلا للتوكيل، وفى المضارب أن يكون أهلا للوكالة؛ وذلك لأن المضارب وكيل عن رب المال فى المعمل فيه وأمين عليه ككل شريك مع شريكه.

ويشترط في رأس المال مايأتي:

- (۱) أن يكون ذهبا أو فضة أو نقدا رائجا، فلايجوز أني يكون عقارا أو عروضا إلا إذا قال المالك للمضارب: بعها وضارب في الثمن، فعند ذلك يكون وكيلا ببيعها ثم مضاربا في ثمنها بعد قبضه، ولاتنعقد المضاربة صحيحة عندئذ إلا عند قبضه حتى لو تصرف قبله لم يكن تصرفه للمضاربة.
 - (٢) أن يكون معلوما فلا تصح في مجهول تجنبا للمنازعة.
 - (٣) أن يكون عينا فلاتصح في الدين إلا إذا قال له: اقبضه وضارب فيه.
- (٤) أن يسلمه صاحبه إلى المضارب ليتمكن من العمل، فلو شرط أن يعمل فيه معه فسدت المضاربة؛ لأن ذلك يخل بكمال التسليم والمراد ألا يعمل صاحب المال مع المضارب فيه كما ألا يعمل صاحب الأرض مع المزارع، ولكن لو دفع

الأب أو الوصى مال مـوليه مضـاربة وجعل كل منهمـا لنفسه أن يعــمل جاز، إذ يجوز لكل منهما أن يضارب بمال موليه ولا مانع من تعدد المضارب.

وقد علمت أنها شركة فى الربح وعلى ذلك لابد فيها من بيان نصيب كل من رب المال والمضارب، فلو جعل الربح كله لرب المال وعمل المضارب فيه مجانا صح العقد وسمى حينئذ بضاعة والعامل مستبضعا، ولو جعل الربح كله للعامل كان العامل بذلك مقترضا للمال من صاحبه، وكذلك يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب فى الربح مقدارا مبينا شائعا فيه، فلا يصح اشتراط دراهم معلومة لأحدهما كعشرين جنيها فى الشهر أو كخمس رأس المال لصاحبه أو نحو ذلك، لأن هذا يؤدى إلى قطع الشركة فعسى ألا يزيد الربح عما شرط، وعلى الجملة فكل شرط اقتضى جهالة فى الربح أو كان مفضيا إلى قطع الشركة فيه أفسد المضاربة. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح أن يخالف مقتضاها، ويلغو إن خالفه دون أن يؤثر فى صحة المضاربة، كما إذا شرط فى العقد أن تكون الخسارة أو بعضها على المضارب.

حكمها: يصير المضارب بالعقد وكيلا عن رب رأس المال إذا عمل، ويصير المال في يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل، ولذا يضمنه إذا توفى مجهلا له، وإذا ظهر ربح كان شريكا فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال وحده، واحتسبت أولا من الربح إن كان المال قد ربح؛ لأنه تبع للمال.

ركذا إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد احتسب أيضا من الربح للسبب نفسه، فإن لم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال، ولايرجع رب المال على المضارب بشيء منه، ولافرق في ذلك بين ربح لايزال مضموما إلى رأس المال لم يرفع منه وربح قد رفع منه وقسم بين المضارب ورب المال على ماشرطا، فيجب أن يترادا كل ربح قسم بينها فيما مضى فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله، ومابقى فهنو بينهما على الشرط، وإذن فىلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ المضاربة مع سلامة رأس المال لصاحبه، حتى إذا استهلكه في شئون نفسه ثم تلف رأس المال كان ضامنا لما أخذه من الربح حتى يسلم رأس المال لصاحبه.

والمضاربة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة هي التي لم تقيد بقيد، والمقيدة ماقيدت بزمان أو مكان أو نوع من التجارة أو بمعاملة أناس مخصوصين كأن يقيد المضارب بالمضاربة مدة ثلاث سنين فقط من وقت تسلمه المال، أو بالمضاربة في القاهرة، أو المضاربة في القطن أو في الحبوب أو بالعمل مع أهل مدينة كذا دون غيرهم، وفي هذا الحال يتقيد بما قيد به لأنه وكيل، والوكبيل يتقيد بما يقيده به موكله، فإن خالف كان غاصبا وانقلبت يده حينئذ يد ضمان وكان تصرفه لنفسه وربحه له لا لرب رأس المال ولا على الشرط، فإذا نقص رأس المال بأى سبب كان ضامنا لنقصه.

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب، كاشتراط قدر مسحدد من الربح لرب المال وعمل المضارب فيها كان أجيرا في المال وأمينا عليه، فيستحق أجر مثله، سواء أربح أم لم يربح، ولايستحق مساسمي له لفساد التسمية بفساد العقد، وإنما استحق أجره وإن لم يربح لأنه لم يرض بالعمل مجانا، ولكن لايزاد أجره على ما شرط له عند أبي يوسف. وقال محمد والشافعي له أجر مثله بالغا مابلغ، وإذا هلك في بده المال بلا تعد ولاتقصير لم يضمنه.

نفقات المضارب: ونفقات المضارب إذا سافر فى ششون المضاربة تجب فى مالها وتشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة المبيت، يصرف منه فى سبيل ذلك بالمعروف، أما فى حال إقامته فنفقته فى مال نفسه.

مايملكه المضارب من التصرف: يجب أن يتقيد المضارب بما يقيده به رب المال كما قدمنا، وفيما عدا ذلك تكون تصرفاته ثلاثة أنواع:

(۱) نوع يملكه بمقتضى عقد المضاربة وهو ماتناوله أعمال التجارة عادة فيملك البيع والشراء بأجل متعارف وبغير أجل، غاية الأمر أنه يمتنع عليه الغبن الفاحش، فإذا فعل فاشترى به مشلا نفذ الشراء عليه ولم يكن للمضاربة، وكذلك إذا باع مال المضاربة بغبن فاحش لم ينفذ عند الصاحبين خلافا للإمام كما تقدم فى الوكيل، ويملك كذلك التوكيل بهما والسفر بالمال ودفعه بضاعه وإيداعه ورهنه وإجارته.

(٢) ونوع لايملكه إلا إذا قيل له في عقد المضاربة اعمل برأيك وهو

مايحتمل أن يلحق بأعمال التــجارة وذلك كإعطاء مال المضاربة لشخص ثالث على أن يضارب قيه أو جعله رأس مال لشركة.

فإذا أعطاه مضاربة في هذه الحال صح وكان لرب رأس المال ربحه على حسب الشرط في عقد المضاربة الأول، ومايبقي بعد ذلك يكون بين المضارب الأول والثاني على حسب الشرط في عقد المضاربة الثاني، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال فإذا كان الربح في المضارب الأول شيء، وإذا جعل يرزق الله، وفي المضاربة الثانية مناصفة لم يكن للمضارب الأول شيء، وإذا جعل للمضارب الثاني في هذه الحال الثلث فقط كان له، وكان لرب المال النصف والباقي وهو السدس للمضارب الأول، وإذا كان الربح فيه المضاربة الأولى مناصفة فيما يعطيه الله من الربح للمضارب ثم ضارب فيه المضارب على النصف كان فيما يعطيه الله من الربح للمضارب ثم ضارب فيه المضارب الأول المضارب الأول المضارب الأول المضارب الأول المضارب الأول المضارب الأول المضارب المضارب الشائي. والنصف الآخر بين رب رأس المال والمضارب الأول المضارب غيره في رأس المال أو أضاف إلى رأس مال المضاربة من ماله وكون من المجموع شركة.

(٣) ونوع لايملكه إلا بالنص الصريح عليه كالتبرعات والإقراض والشراء نسيثة بما يزيد على رأس مال المضاربة.

ماتنتهى به المضاربة: تتهى بما يأتى:

- (۱) بهلاك مال المضاربة جميعه بلا تعد ولاتقصير قبل التصرف فيه لزوال محلها. فإن هلك بعد التصرف فيه لم تبطل، كما إذا اشترى المضارب نسيئة والمال في يده ثم هلك فإنه يأخذ ثمن ما اشتراه من رب المال ولاتبطل.
- (۲) بموت كل من رب رأس المال والمضارب. فإذا مات رب المال انعزل المضارب علم بذلك أو لم يعلم، فلا يملك التصرف بعد الموت في مال المضاربة إلا بجعله ناضا أى بتحويله بالبيع إلى نقود إذا كان عروضا، فإذا كان مال المضارب حين موت أحدهما عروضا كان للمضارب عند موت رب المال أن ينضها أى أن يبيعها بنقود حتى يظهر بذلك ربحه، ولكن لايشترى بالنقود شيئا لانتهاء المضاربة، وكان ذلك لوصى جعل القاضي له

رصياً في ذلك، وقيل يكون ذلك عندئذ لرب المال مع وصى أسسرب، والاول أصح.

- (٣) بجنون كل منهما جنونا مطبقا، فإذا حصل الجنون والمال عروض كان للمضارب أو القيم عليه أن ينضه.
- (٤) بعزل المضارب من قبل رب المال؛ لأن المضاربة عقد غير لازم، ولكن لاينعزل إلا متى علم بذلك وكان المال ناضا، وإذا كان المال حين العزل غير ناض كان له أن يحوله بالبيع إلى نقد ليظهر ربحه، وليس له الشراء بهذا النقد لانتهاء المضاربة.

وإذا كان للمضاربة ديون وفيها ربح أجبر المضارب بعد العرل على اقتضاء الديون لأنه أجير، وذلك من عمله، فإن لم يكن فيها ربح لم يجبر على الاقتضاء، ولكن يؤمر بأن يوكل رب المال باقتضائها.

القسمة

التعريف بها: القسمة جسميع النصيب الشائع من مال مسترك في جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقسمت بينهما على حسب سهامهما فاختص كل منهما بجانب معين منها وكان ذلك بناء على طلب أحدهما تمت القسمة وصحت، فإذا لم يكن من أحدهما طلب لم تقع صحيحة.

ركنها: وركنها الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل في المكيلات والعد في المعدودات والذرع في المذروعات.

أنواعها: المال المشترك إما أن يكون من جنس واحد أو من جنسين فأكثر، وعلى كل فإما أن يكون مثليا أو قيما. وقسمته في جميع هذه الأحوال تتضمن المبادلة والإفراز على الوجه الآتي بيانه:

فالمبادلة أن يأخذ كل شريك بعض ماكان لغيره من الشركاء في المال المشترك نظير ما أخذوه من ملكه في هذا المال.

والإفراز أن يأخذ كل شريك بعض حتم عينا.

فإذا اشترى اثنان كتابين شركة بينها لكل منهما النعف كان كل كتاب من هذين الكتابين مشتركا بينهما لكل منهما نصفه شائعا فيه، فإذا اقتسماهما فأخذ كل واحد كتابا فقد أخذ عين حقه في هذا الكتاب وهو نصفه، وكان ذلك إفرازا لبعض ملكه عن ملك صاحبه، وأخذ النصف الآخر من شريكه بدلا عما يملكه في الكتاب الآخر وهو نصفه وذلك معنى المبادلة، إذ يتم بذلك بين الشريكين تبادل ومعاوضة في نصفى الكتابين، وبهذا يملك كل شريك كتابا معينا، نصفه كان ملكا له من قبل، ونصفه تملكه بمقتضى هذه المبادلة التي بيناها.

فإذا كانت القسمة فى جنس واحد مثلى كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد فإن معنى المبادلة يكون ضعيفا لتساوى البدلين من كل وجه، ومعنى الإفرا يكون حينئذ ظاهرا لعدم التفاوت بين آحاد المال المشترك، فكأن كل شريك قد أخا عين حقه بهذه القسمة وميزه عن ملك شركائه. وبناء على هذا يجوز، لكل مر الشركاء أن يقسم فى غيبة الآخرين وبدون علمهم، وأن يتسلم نصيبه كذلك فى غيبتهم، ولكن لاتتم القسمة إلا بتسلم الغائب حصته. حتى إذا تلفت قبل أن يتسلمها كان الباقى من المال مشتركا بين الجميع، ولكن إذا تلفت أولا حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها تحت القسمة بالنسبة إليه وكان تلف حصته عليه، ولايكون ما استبقاه لشريكه شركة بينهما.

وإذا كانت في جنس واحد قيمي كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلا فأخذ أحدهما تسع شياه وأخذ الآخر إحدى عشرة كان معنى المبادلة فيها أظهر من معنى الإفراز لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك فلايكون كل من الشريكين قد أخذ عين حقه، وبناء على ذلك لاتجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأى شريك أن يأخذ حصته في غيبة الباقين، ولكن لاتحاد الجنس ورغبة أحد الشركاء في الانتفاع بحصته مفرزة يجبر القاضى سائر الشركاء عليها إذا أبوها عندما يطلبها أحدهم.

وإذا كانت في جنسين أو أكثر من مال قيمي أو مثلي أو مال مختلط كأن يكون المال المشترك إبلا وخيسلا وغنما، أو قمحا وشعيسرا وأرزا، أو حبوبا وغنما،

فإن معنى المبادلة يكون أوضح منه فى النوع السابق، ولذا لاتجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولايجوز لأحدهم أن يأخذ حصته فى غيبة الآخرين ولا تتم إلا بالتراضى بين الجميع، وإذا طلبها بعضهم لم يجبر القاضى من يأباها منهم (4).

وفى حكم الأجناس المختلفة الجنس الواحد إذا تعددت آحاده وتفاوتت قيمها تفاوتا فاحشا كالجواهر، أو لم تتعدد ولكن لايحتفظ بعد قسمته بمنفعته التى كانت له قبل القسمة كالحمام الصغير والكتاب والثوب والفرس من كل مالا ينتفع به بعد قسمته الانتفاع الذى كان له من قبل، فإن القسمة فيه لاتتم بالإجبار من القاضى ولاتتم إلا برضا الشركاء.

وبما تقدم يتبين لنا أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك وتسمى حينئذ قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا ومقدارا من القمح في قسم كل من الأرض والدار والقمح، وقد تتم بجعل نصيب أحد الشريكين وجمعه في بعض آحاد المال كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار وتسمى هذه قسمة جمع. وكل من قسمتى التفريق والجمع قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها فتسمى حينئذ قسمة قضاء، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء، وإباء بعضهم الآخر، وقد تتم بالتراضى بين الشركاء وتسمى حينئذ قسمة تراض، وتارة تكون هذه في معلس القضاء إذا ماتراضى عليها جسميع الشركاء في مجلسه، وتارة تكون في غير مجلسه إذا تمت بين الشركاء بعيدا عن القاضى.

والأموال بالنسبة إلى هذين النوعين من القسمة نوعان: الأول: مايقبل كلا منهما، وذلك كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت لها قبل قسمتها، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياع. الثانى مايقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة. وضابطه أن يكون المال شيئا واحدا يقبل التجزئة مع بقاء منفعته التي كانت له قبل قسمته. وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط وهو أن يكون متعدد الآحاد ولكن آحاده إذا قسمت

⁽١) وهذا إذا لم تكن بقسمة كل من الأجناس المشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت كذلك فإنها تكون من النوع الأول إذا كان الجنس المقسوم مثليا ومن النوع الثاني إذا كان قيميا.

تغيرت منفعتمها بعد القسمة فلا يمكن أن ينتفع بكل حصة منها الانتفاع الذي كان لها قبل القسمة كعشرين شاة وخمس عشرة سيارة.

شروطها: يشترط في المال المقسوم مايأتي:

- (۱) أن يكون عينا فلا تصح قسمة الدين قبل اقتضائه، وذلك لأنه وصف اعتبارى فى ذمة المدين وقسمت لاتؤدى إلى مساواة بين الشركاء، فقد يتوى بعض الدين ولا يتوى بعضه الآخر فيتضرر من كان التاوى فى حظه، وعلى ذلك إذا كان لاثنين دين مشترك لدى مدينين لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما، بل يكون مايستوفيه كل منهما شركة بينهما.
- (۲) الإفراز والتمييز بين الحصص، فإن كان المقسوم أرضا كان ببيان الحدود؛ لأن القسمة إفسراز ولايتم إلا بهذا فلا تصح بأن يجعل لفلان الجسانب الشرقى منها وللآخر الجانب الغربي منها دون بيان حد.
- (٣) أن يكون ذلك المال ملكا للشركاء حين القسمة لا ملك لغيرهم فسيه، فقسمة الغاصبين لما غصبوا غير صحيحة (١).

(ب) ويشترط في القسمة ما يأتي:

(۱) ألا تفوت بها منفعة الشراء فإذا فاتت بها منفعتهم جميعا لم يجز للقاضى أن يجبرهم عليها، وذلك إذا كان المال المشترك واحدا لايقبل القسمة كآلة خياطة، ولكن إذا رضى جميع الشركاء فيها بقسمتها جاز ذلك وإن تلفت لأن المال مالهم، وإن فات بها منفعة أحدهم ـ وذلك كما في دار كبيرة مشتركة بين اثنين لأحدهما فيها متر مربع مثلا وباقيسها للآخر ـ فقد اختلف الحنفية فقيل يجوز للقاضى أن يجبر عليها عند طلب من لا تفوت منفعته لأنه صاحب الجزء الأكبر

⁽۱) إذا ظهر بعد قسمة المال مستحق له فإن استحقه أو استحق بعضا شائعا في جميعه بطلت القسمة اتفاقا، وإن استحق جزءا شائعا في أحد الاتصباء فكذلك الحكم عند أبي يوسف لقوات معنى الإفراز بذلك، وقال الإمام: يخير من استحق بعيض نصيبه بين المطالبة بفسخ القسمة ثم القسمة مرة أخرى، وبين إقرارها والرجوع على شركاته الأخرين بقسط كل منهم فيما استحق. وإن استحق جزءا معينا في أحد الانصباء أو فيها جميعها لم تفسخ اتفاقيا بين الاثمة الثلاثة، ولكن يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقين بقدر ما يخصهم من الجزء المستحق، إذ ظهر بذلك أن ما أخذوه منه لم يكن ملكا له، فيلزمهم رده إلى صاحبه ورجوع بعضهم على بعض لتصحيح القسمة، وإذا كان الاستحقاق في أكثر من نصيب واحد رجع بعضهم على بعض على هذا الاساس. وإذا قسم الورثة بينهم تركة مورثهم وعليها دين بطلت القسمة إلا إذا أوفوا الدائن دينه أو تنازل عنه أو تركوا من التركة مايني بدينه من غير قسمة إذ لاتركة إلا بعد وفاء اللدين.

ويريد أن ينتفع بماله فلا يضر في ذلك بسبب غيره، وقيل لايجبر القاضى عليها إلا عند طلب من تفوت منفعت لا عند طلب الآخر؛ لأن في إجابة طلب الآخر الإضرار بشريكه فلا يقر على ذلك، وقيل يجبر عليها عند طلب أحدهما.

(٢) أن تكون عادلة فإن ادعى أحد الـشركاء أن فيها غبنا فـإن كان يسيرا لم يلتفت إلى قوله. إذ لا يكن الاحـتراز عنه عادة، وإن كان فاحشا، وكانت بقضاء بطلت اتفاقـا؛ لأن قضاء القـاضى مقيـد بالعدل، وإن كانت بالتراضى لم يسمع لقوله عند بعضـهم لسبق رضاه بها فيكون متناقضا، والأصح أنها تفسخ إذا أثبت ذلك.

(٣) إذا كانت القسمة بالتراضى وجب فيها تراضى جميع الشركاء، ولاتصح في غيبة أحدهم، وإذن لابد من حضورهم بأنفسهم أو بوكلائهم، وإذا كان منهم صغير أو محجور عليه قام وليه أو وصيه أو القيم عليه مقامه، فإن لم يكن له ولى نصب له الحاكم وصيا أو قيما يتولى القسمة بدلا عنه.

(٤) إذا قضى بالقسمة وجب أن يكون ذلك بناء على طلب أحد الشركاء على الأقل.

قسمة الجمع: إذا تمت بين الشركاء كانت صحيحة لازمة متى كانت برضاهم وفى حضرتهم، وإذا لم يرض بها جميع الشركاء احتاج طالبها إلى رفع الأمر إلى القضاء، وعندئذ لا يجبر القاضى من أباها إلا إذا كان المال المشترك من جنس واحد سواء أكان مثليا أم قيميا، أما إذا كان مكونا من عدة أجناس ولم تمكن قسمة كل جنس على حدة فلا يجبر القاضى عليها، وفى حكم ذلك ما إذا كان المال المشترك جواهر أو دورا متعددة ولو فى مصر واحد على قول الإمام، وخالف الصاحبان فى دور المصر الواحد ففوضا الأمر فيها إلى القاضى إن شاء قسمها جبرا وإن شاء لم يجبر حسب مايرى.

قسمة التفريق: تتم بالتراضى بين الشركاء، فإن رفع الأمر فيها إلى القاضى بسبب إباء بعضهم جبر عليها إن انتفع كل شريك بحصت الانتفاع الذى كان لها من قبل وإلا لم يجبر عليها، وقد قدمنا الخلاف عند الحنفية فى ذلك. وقد ذهب بعض الحنابلة إلى أن القاضى يبيع المال المشترك فى هذه الحال إذا تضرر بها أحد الشركاء ويقسم ثمنه بين الشركاء حتى لايتضرر أحدهم، ويجوز أن يباع حينئذ لمن برغب فيه منهم.

القسام: ينبغى للإمام أن يعين قاسمين يرزقون من بيت المال رحمة بالناس، ويجوز أن تجعل أجرتهم على المتقاسمين على نسبة الأنصباء عند الصاحبين، وعلى عدد رءوس الشركاء عند الإمام في غير المكيل والموزون، أما فيهما فعلى الأنصباء، وروى عنه أيضًا عدم استثناء المكيل والموزون وجعل الأجرة فيهما على عدد الرءوس في جميع الأحوال. وروى عنه أن الأجرة على طالب القسمة دون آبيها. أما كيفيتها فذلك يرجع إلى طرق عملية وخسابية وهندسية تختلف باختلاف المال القسوم، والشرط أن تكون عادلة كما ذكرنا فيما مضى.

ولا يدخل القسام النقود في قسمته _ سواء أكانت قسمة منقول أم قسمة عقار _ لكى يعادل بها بين الأقسام إلا برضا الشركاء؛ لأن إدخالها يستلزم معاوضة صريحة ولاتكون إلا عن رضا، ومن العلماء من أجاز ذلك بغير الرضا إذا دعت إليه الضرورة وكانت القسمة بالقضاء، فإن القاضى قد يبيع مال المدين جبرا عنه قضاء لدينه، فيجوز له ذلك عند القسمة إذا دعت الضرورة إليه وهذا حسن.

حكم القسمة وثبوت الحيارات فيها: إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزمت، فلايجوز لأحدهم العدول عنها لأنها لازمة إلا إذا أثبت فيها غبنا أو خطأ.

ولما فى القسمة من معنى المعاوضة تثبت فيها الخيارات، فإذا كانت قسمة جمع فى أجناس مختلفة يثبت خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط، وكذلك فى قسمة القيمى مطلقا من جنس واحد، وفى قسمة المثلى من جنس واحد لايثبت إلا خيار العيب (١).

المهايأة: كما تجوز قسمة الأعيان على النحو الذى بينا تجوز قسمة المنافع بالمهايأة، فتختص المهايأة بالمنافع ولاتجوز فى الأعيان كثمار الأشجار ولبن الحيوان. بل يقسم المتحصل منها على الوجه الذى سبق.

والمهاياة نوعان: زمانية ومكانية، فالزمانية أن يتبادل الشركاء منافع المال الشبرك أزمانا بحسب حصصهم فيه، فإذا كانت دارا مشتركة بين ثلاثة لكل الثلث

⁽١) راجع الفناوي الهندية اج٥ ص١٢١٧.

أمكنهم أن يتهايئوا سكناها على أن يسكنها كل واحد شهرا أو سنة مثلا. وإذا كان لأحدهم الثلث والآخر السدس وللثالث النصف تهايئوها على أن يسكنها صاحب النصف ثلاثة أشهر وصاحب الثلث شهرين وصاحب السدس شهرا وهكذا.

والمكانية أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة غير لازمة، فإذا كان أرضًا زراعية وهى لشريكين فأخذ أحدهما نصفها الغربى فانتفع به وأخذ الآخر نصفها الباقى، أو دارا فأخذ أحدهما سفلها والآخر علوها، كان هذا من قبيل المهايأة المكانية، ولابد فى الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع، أما المكانية فلا يلزم فيها تعيين مدة كما هو ظاهر.

وإذا طلب أحد الشريكين المهايأة وطلب الآخر القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت؛ لأنها أقوى، فإذا لم تمكن القسمة أجبر الطالب لها على المهايأة بطلب شريكه.

ويجوز لكل شريك بعد الاتفاق على المهايأة أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يوجر حصته لغيره.

والمهايأة إن كانت بالتراضى فسهى عقد غير لازم، فيجوز لأحد المتهايئين أن يفسخها وإن كانت بقضاء القاضى بسبب امتناع بعضهم عنها لم تفسخ إلا برضاهم جميعًا.

الصلح

التعريف به: الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما، فإذا ادعى إنسان على آخر حقا فصالحه عنه المدعى عليه جاز، وكان طالب الحق مصالحا والمطالب به مصالحا والحق المطلوب مصالحا عنه وما أعطى للطالب مصالحا عليه أو بدل صلح.

ركنه: وركنه الإيجاب والقبول ككل عقد له طرفان.

شروطه: يشترط في طرفيه أن يكون كل منهما أعلا لمباشرة العقد الذي يشكل به صلحهما فإن شكل صلحهما ببيع اشترط فيهما ما يشترط في عاقدي

البيع، وإن شكل بإجارة فكذلك يشترط فيهما مايشترط في المؤجر والمستأجر، وإن شكل بإبراء اشترط فيهما مايشترط في المبرئ والمبرأ وهكذا، وسنبين ذلك قريبا.

(ب) ويشترط في المصالح عنه ما يأتي:

- (١) أن يكون حقا لمدعيه سواء أكان مالا أم منفعة، فإذا لم يكن حقا له بأن كان حقا لله تعالى كحد القذف أو طلاقا أو زواجا أو كان حقا لغيره كنسب يدعيه لولده فإنه حق الصغير، فلا تجوز مصالحة المدعى به عليه لأنه لايستطيع إسقاطه إذ ليس ذلك له.
- (۲) أن يكون حقا ماليا غير مجرد، ونعنى به أن يكون حقا ثابتا متقررا فى محله كما سبق بيانه، ولذا لا تصح المصالحة عن حق الشفعة ولا عن خيار الشرط؛ لانه ليس حقا متقررا فى محله وهو المبيع، بل يرجع إلى مشيئة صاحب الحق، فلا يلزم بذلك الصلح مال وإن ترتب عليه سقوط الحق لصحة التنازل عنه، وهذا بخلاف حق القصاص فيصح الصلح عنه لأنه متقرر فى محله إذ يصير به المحل _ وهو نفس القاتل _ علوكا لولى المقتول فى حق الاستيفاء منه فيصح الصلح عنه.

(جـ) ويشترط في بدل الصلح ما يأتي:

- (١) أن يكون ملكا للمصالح سواء أكان مالا أم منفعة فإذا كان غير مملوك له توقف الصلح على إجازة مالكه دَفْعَهُ إلى المصالح.
- (۲) أن يكون معلوما إذا احتيج إلى تسليمه فإن لم يحتج إلى تسليمه لم يشترط كما إذا كان كل من المتصالحين يدعى على الآخر حقا ثم تصالحا على أن بترك كل منهما حقه، فإن ذلك جائز وإن لم يبين كل منهما مايدعيه.

ويتشرط فيه شروط أخرى تختلف باختـلاف تكييف عقد الصلح، فإن اعتبر سلما، مـثلا، روعيت فـيه شروط السلم، وإن اعـتبر صرفـا روعيت فيـه شروط الصرف، وهكذا،

حكمه: وحكمه أنه عقد لازم فلا يملك أحد المتصالحين بعد تمامه أن يستبد بفسخه. ومتى تم دخل بدل الصلح في ملك المدعى وسقطت دعواه فلا يقبل منه

أن يدعى بالحق مرة أخرى، ولا يملك المدعى عليه أن يسترد بدل الصلح منه، وإذا توفى أحد المتصالحين لم يترتب على وفاته انفساخ الصلح إلا إذا كان في معنى الإجارة. كما إذا صالح المدعى عليه المدعى على أن يترك حقه نظير سكناه لداره سنة ثم توفى أحدهما قبل انقضاء السنة فإن الصلح ينفسخ في باقى المدة ويكون للمدعى أن يرجع في دعواه بقدر ماله من مدة باقية من السنة.

أقسامه : ينقسم ثلاثة أقسام:

- (۱) صلح عن إقرار، وصورته أن يدعى إنسان على آخر حقا كمانة جنيه مثلا فيقر بها المدعى عليه ثم يصالحه على خمسين جنيها أو على أن يعطيه سيارة مثلا. وهذا صلح جائز، وهو فى الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وترك لبعضه الآخر، وفى الثانية معاوضة بين المتصالحين، فيترتب عليه جميع مايترتب على البيع من أحكام.
- (٢) صلح عن إنكار، وذلك كسما إذا أنكر المسدى عليه الدين في الصورة السابقة ثم صالح المدعى على ماذكسر، ويعتبسر هذا من ناحية المدعى عليه قطعا للنزاع وافتداء لليمين، ومن ناحية المدعى يعتبر في الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الآخر. وفي الثانية مسعاوضة تترتب عليها جميع أحكام البيع بالنسبة له فقط، فإن كان بدل الصلح عقارا كان لجاره أن يأخذه منه بالشفعة؛ لأنه قد تملكه في زعمه نظير حقه.
- (٣) صلح عن سكوت كسما إذا سكت المدعى عليمه في الصورة المبينة فلم يعترف بالدين ولم ينكره، ولكنه عرض السصلح المذكور على المدعى فقبله منه، وحكمه كحكم النوع الثاني.

وذهب الشافعى إلى أن الصلح عن إنكار أو سكوت لايجوز لقوله عليه السلام: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، وعند الإنكار أو السكوت لم يستحق المدعى قبل المدعى عليه شيئا، فإذا أخذ المدعى من مال المدعى عليه شيئا بهذا الصلح فقد استحل به حراما؛ لأن جميع مال المدعى عليه حرام، وعليه فلا يجوز هذا الصلح.

ورد الحنفية ذلك بأن المراد بالحرام ماكان حراما في نفيه كأن يـصالح أحد الخصمين خصمه على خمر، لا ما كان ممنوعا على أجدهما من مال الآخر قبل الصلح فإنه ليس بحرام في نفسه، ولا يعد حراما إلا بمنعه، فإذا بذله صاحبه كان حلالا ببذله.

ولما كان الصلح يتشكل بعقود كثيرة حسب موضوعه كان الأصل فيه أن يحمل على أشبه العقود به، فيحمل عند الإقرار على المعاوضة عند اختلاف جنس البدلين كما بينا، ويحمل على إسقاط بعض الحق عند اتحاد البدلين ونقص أحدهما عن الآخر كما تقدم، ويحمل على الإجارة عندما يكون بدل الصلح منفعة أعطيت نظير عين مدعاة، وكذلك يعتبر صرفا إن كان البدلان من نقدين مختلفين، وعلى هذا يشترط في كل حالة من هذه الأحوال مايشترط في العقد الذي شكل به الصلح فيها وحمل عليه، فإن حمل على البيع اشترطت جميع شروط البيع وإن حمل على الإجارة اشترطت شروطها، وهكذا، وعندئذ يترتب على الصلح كل مايترتب على العقد الذي حمل عليه من آثار.

وإذا كان عن إنكار أو سكوت لم يمكن أن يحكم عليه بحكم واحد بالنظر إلى المتصالحين بل نحكم عليه بالنظر إلى المدعى بحكم، ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بحكم آخر، فنحكم عليه بالنظر إلى المدعى، بما نحكم عليه به عند إقرار المدعى عليه. ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بأنه فداء لليمين وقطع للخصومة، وعلى ذلك يترتب على الصلح بالنسبة إلى المدعى جميع مايترتب على العقد الذى حمل عليه من آثاره وعلى ذلك يتفرع مايأتى:

- (۱) يثبت للمدعى فقط جميع الخيارات التى تثبت فى عقد المعاوضة لأن ما أخذه يعتبر عوضا عما يدعيه فى زعمه إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت، أما إذا كان عن إقرار فإن الخيارات تثبت لكل من طرفى الصلح على حسب مابيناه فى عقود المعاوضة.
- (۲) إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت وكان الحق المدعى عقارا لم تثبت فيه الشفعة كما تقدم؛ لأنه لايزال في يد من يدعى أنه ملكه لم يخرج منه، وإذا كان بدل الصلح في هذه الحال عقارا ثبتت فيه الشفعة؛ لأنه انتقل من ملك المدعى عليه إلى ملك المدعى نظير مايدعيه من الحق.

وإذا كان الصلح عن إقرار ثبتت الشفعة في البدلين إذا كان كل منهما عقارا إلى آخر ماتقدم في الشفعة.

(٣) إذا استحق الحق المدعى به كله أو بعضه وكان ذلك بالبينة رجع المدعى عليه على المدعى بما يقابل المستحق من بدل الصلح كلا أو بعضا؛ لأنه مادفع بدل الصلح إلا ليسلم له هذا الحق، فإذا لم يسلم رجع فيما دفعه بدلا عنه، وحينئذ يكون للمدعى _ إن أراد _ أن يخاصم من أقام البينة على استحقاقه في القدر الذي استحقه بها، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت.

(٤) إذا استحق بدل الصلح كلا أو بعضا بالبينة فإن كان مما لايتعين بالتعيين رجع المدعى على المدعى عليه بمثل ما استحق، وإن كان مما يتعين رجع إلى الدعوى فيما يقابل البدل المستحق كلا أو بعضا إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، فيسرفع الدعوى على المدعى عليه بذلك؛ لأنه ماترك حقه إلا نظير هذا البدل، فإذا لم يسلم له رجع إلى دعواه، فيما يقابل ما أخذ منه، وإن كان الصلح عن إقرار رجع على المدعى عليه بما يقابل البدل المستحق من الحق المعترف به كلا أو بعضا. وفي الواقع لافرق بين الحالين إلا في طريق الإثبات؛ لأن طريق الإثبات في المال الأخيرة بينة وهو الإقرار السابق من المدعى عليه.

الإبراء

هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإستقاط الدائن دينه. ويكون بكل لفظ يدل على ذلك كابرات وأستقطت وأنت برىء من الدين. ولايتوقف نفاذه على القبول من المدين ولكن يرتد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التمليك، فإنه قد يصور بأنه تمليك الدين لمن عليه الدين.

وقد يكون الإبراء عاما كأبرأتك من كل حق هو لى قبلك، وقد يكون خاصا كما في أبرأتك من هذا الحق. شروطه: الإبراء من قبيل التبرع في شترط في المبرئ أن يكون من أهل التبرع فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه أو دين، وإذا كان في مرض الموت كان حكمه حكم الوصية فلا ينفذ بعد وفاة المبرئ إلا فيما يسعه ثلث تركته بعد وفاء الدين إذا كان عليها دين ويتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع. وهذا إذا كان المبرأ أجنبيا فإن كان وارثا توقف على إجازة باقى الورثة قليلا كان الدين المبرأ أم كثيرا. وبمقتضى قانون الوصية رقم الاسنة ١٩٤٦ يكون المدين الأجنبي والوارث سواء في نفاذ إبراء الدائن المريض لهما متى لم يتجاوز الدين ثلث التركة بعد وفاء دين المبرئ.

ويشترط في الشخص المبرأ أن يكون معلوما فإذا قال شخص: أبرأت مدينا , لى لم يصح الإبراء، وكذلك إذا قال: أبرأت كل مدين لى لم يصح، لما فيه من معنى التمليك، ولكن إذا كان المبرأ متعددا محصورا كأبرأت هؤلاء صح الإبراء.

وكذلك يشترط فى الإبراء أن يكون من حق ثابت قائم، فلا يصح الإبراء من حق لم يوجد ولا الإبراء من الأعيان، وعلى هذا لايصح إبراء الزوجة زوجها من نفقة العدة إذا صدر قبل الطلاق، ولا الإبراء من كتاب اغتصبه غاصب، ولكن يصح الإبراء من حق الادعاء بالأعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء؛ لأنه حق وهو يقبل السقوط.

حكمه: اللزوم، فإذا كان خاصا سقط به الحق المسقط به، فلا تصح المطالبة به بعد ذلك، وإذا صدر عاما شمل جميع الحقوق القائمة عند صدوره، فلا تصح المطالبة بها كلها، ولايشمل مايحدث بعده من الحقوق. والله الموفق للصواب.

الهحتويات

المقدمة

التعريف بالشريعة الإسلامية (٣) علوم الشريعة، شعب علم الفقه(٤) ٣- ٢٧ واضع الشريعة الإسلامية(٥). انقضاء عهد التشريع، الإجماع والقياس(٩). الخلاف في الشريعة وأسبابه(١٠) المذاهب المختلفة وترجمة لبعض أصحابها (١٤) خلاصة المقدمة (٢١).

باب المال ۲۸ - ٤١

باب الملكية ٢٠ ـ ٢٠

العلاقة بين الإنسان والمال، التعريف بالملك (٤٢) الفرق بين الملك والمال (٤٣) قبول المال للملكية (٤٤) أنواع الملك، خواص الملك التام(٥٥) أقسام الملك الناقص، ملك العين (٤٦) ملك المنفعة، الإباحة والفرق بينها وبين الملك (٤٨) الإباحة طريق إلى الملك(٤٩). خلاصة الباب (٥٨).

باب حقوق الارتفاق ١١ ـ ٨٣ ـ ٢١

حق الارتفاق (٦١) الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصى(٦٢) أسباب ثبوت الملكية (٦٣) حق الشرب وحق الشفعة(٦٦) حق المجرى(٧٢) حق المسيل وحق المرور(٧٣) التعلى (٧٥) حقوق الجوار (٧٩) خلاصة الباب (٨١).

31 _ 111

باب أسباب الملك التام

أسباب حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها (٨٤) حيازة الأموال المباحة (٩٠) الكلأ والآجام (٩٣) الصيد وحكمه (٩٤) شروط إفادته للملك، والاستيلاء الحكمى (٩٦) أنواع المعادن أو الفلزات (١٠٠) معادن البحار (١٠٣) أنواع الكنز (١٠٤) الإحياء وأثره (١٠٩) خلاصة المال (١١٣).

111_111

باب الميراث

تعريف الميراث (١١٧) العقود الناقلة للملكية (١١٨).

خلاصة الباب (١٢١).

117 _ 177

باب الشفعة

تعریفها، شرعها (۱۲۲)

حكمتها وسبب استحقاقها (١٢٣)

ثبوت الشفعة بالشركة في العقار (١٢٤).

ثبوت الشفعة بالشركة في حق العقار الخاص (١٢٥).

ثبوت الشفعة بالجوار (١٢٨).

آراء العلماء في الشفعة (١٢٩)، مراتب الشفعاء (١٣٠)

شروط الشفعة وفي أي المال تكون (١٣٣).

حق الشفعة عند التبرع (١٣٦) الشفعة بالعقار (١٤٠).

طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة (١٤٣).

الملك بالشفعة، وسبب ملك الشفيع (١٥٧).

مايجب على الشفيع أداؤه (١٦٠) ماتسقط به الشفعة (١٧٠)

خلاصة الباب (١٧٦).

باب العقد

311 _ 7.7

العقد في اللغة، ومعنى العقد عند الفقهاء (١٨٤).

ركن العقد (١٨٧) انعقاد العقد (١٨٨) أثر العبارة الواحدة في العقود (١٩٥). خلاصة الباب (٢٠٠).

باب صيغة العقد ٢٠٢ - ٢١٢

تعريفه في اللغة (۲۰۳) التعاقد بالكتابة (۲۰۷) التعاقد بالأفعال (۲۰۹)

خلاصة الباب (٢١١).

باب عبارة العاقد ونيته ٢٢٤ _ ٢٦٣

عقود الهازل والناسي (٢١٣) عقود المكره (٢١٤).

العقد لغرض محظور (٢٢٠). خلاصة الباب (٢٢٣).

باب تأثير إرادة العاقد في إنشاء العقود وتحديد آثارها ٢٢٥ ـ ٢٢٨ الشرط الباطل (٢٣٢) منذهب المالكية والحنابلة (٢٣٢) خيلاصة الباب (٢٣٧)

باب اتصال آثار العقد بصيغته ٢٥١ _ ٢٥٦ سبب توقف تمامها على القبض (٢٣٩)

قسمة العقد إلى منجز وغير منجز (٢٤١) العقد المعلق (٢٤٢) العقود

مع الإضافة (٢٤٧) خلاصة الباب (٢٥٠).

باب محل العتد (٢٥٢) تعيين المحل (٢٥٤)

باب الأهلية

111 _ 10X

أنواع الأهلية، الذمة (٢٥٨) أنواع أهلية الوجوب (٢٥٩) أهلية الأداء (٢٦٠). عبوارض الأهلية (٢٦٧) تعلق الحقوق بالمال حال المريض (٢٧١) خلاصة الباب (٢٧٧)

117 _ 127

باب الولاية

معناها فى اللغة والشرع، أنواعها (٢٨١) الولاية على النفس (٢٨٢) حكم العقد مع ثبوت الولاية (٢٨٤) عقد وصى الأب (٢٨٨) تعدد الوصى المختار (٢٩٠) خلاصة الباب (٢٩٦)

PP7 _ 317

باب عقد الوكيل

التعريف بالوكالة، ركنها، أقسامها (۲۹۹) شروطها (۳۰۰)، حكمها (۳۰۱) تعدد الوكيل،أجر الوكيل (۳۰۲) الفرق بين الوكالة والرسالة (۳۰۳) حكم العقد وحقوقه (۳۰۲) علاقة الوكيل بموكله(۳۰۹) انتهاء الوكالة (۲۱۰) خلاصة الياب (۳۱۳).

217 _ 770

باب عقد الفضولي

تعريف المفضل والفضولى وحكم مايساشره من العقود (٣١٥) أثر الإجازة وشروطها (٣١٠)، خلاصة الماب (٣٢٠).

TTV_TTT

باب العقد يباشره شخص واحد

177 - 37

باب حكم العقد

أقسام العقد عند الحنفية (٣٢٨) العقد الباطل (٣٢٩) العقد الفاسد (٣٣٠) أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم(٣٣١) أقسام العقد الصحيح (٣٣٦) خلاصة الباب(٣٣٩).

باب الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما ماب ٣٤١ ـ ٣٥٠ ـ ٣٥٠ ابتناء العقود على الرضا والاختيار (٣٤٦) خلاصة الباب (٣٤٩)

باب الغلط في العقد ١٥٥ - ٣٥٥

باب الغبن والغرور تعریف الغبن، أنواعه (۳۵٦). الغرور (۳۵٦) باب الخیارات ۲۷۷ ـ ۳٦۱

الخيارات (٣٦١) خيار الشرط (٣٦٢) اشتراط الخيار لغير العاقدين العاقدين (٣٦٢) شرط الخيار لغير العاقدين (٣٦٧) خلاصة الباب (٣٧٦)

باب خیار الرؤیة تعریفه، شرعه ولمن یثبت (۳۷۸) سبب ثبوته (۳۷۹) کیف تتحقق الرؤیة، رؤیة الوکیل (۳۸۰) خلاصة الباب (۳۸۷)

باب خيار العيب تعريفه، سببه وشروط ثبوته (٣٨٩) العقود التي يثبت فيها خيار العيب وأثره (٣٩١) الواجب عند إمساك المحل (٣٩٢) موانع الرد بخيار العيب (٣٩٣) كيفية تقدير نقصان العيب (٣٩٧) توقيته وانتهاؤه (٣٩٧)، خلاصة المال (٣٩٩).

باب البيع صيغة البيع، صيغة عقده، وشروط الصيغة (٢٠٤) صفة الصيغة، العاقدان (٣٠٤) المبيع وشروطه (٤٠٤) خيار التعيين (٤٠٦) خيار فوات الوصف (٤٠٩) عقد الصرف (٤١٣) المرابحة الثمن وتعريفه (٤١٣) خيار النقد (٤١٨) أحكام البيع (٤٢٣) المرابحة والتولية والوضيعة (٤٢٦).

A73 _ 373

باب السلم

تعريفه (٤٢٨) شروطه (٤٢٩) الاستصناع (٤٣٠) بيع الوفاء (٤٣١) الإقالة (٤٣٢) حكمه، والأجل في القرض (٤٣٤)

2 4 - 2 TO

باب الإجارة

تعريفها، صيغة العقد، العاقدان، العين المستأجرة ومنافعها (٤٣٥) شروط المعقود عليه (٤٣٦) بيان المدة في الإجارة (٤٣٧) تصرف المستأجر في المنفعة (٤٣٩) إجارة العامل (٤٤٢)

433 - A.O

باب الأجرة

تعریفها (٤٤٨) حکم الإجارة (٤٤٩) انتهاء الإجارة وبقاؤها (٤٥١) الجعالة وتعریفها (٤٥٨) شروطها (٤٥٨) المزارعة وشروطها (٤٥٨) حکمها وانتهاؤها (٤٥٩) المساقاة (٤٦٠) العاریة، رکنها (٤٦١) شروطها وحکمها (٤٦٤) ید المستعیر، تصرف المعیر فی المنفعة (٣٦٤) شروطها وحکمها (٤٦٤)، الودیعة، رکنها، شروطها، حکمها (٤٦٥) الرمن (٤٦٤) شروط الراهن والمرتهن والمرهون (٤٦٧) شروط المرهون الرحن (٤٢١) شروط المرهون الرحن (٤٢١) حکم عقد الرهن (٤٦٩) حکم الرهن المستعار (٤٧١)، نماء الرحن (٤٧١) الکفالة، تعریفها، رکنها (٤٧٤) شروطها (٤٧٤) الشرکة، أنواعها، رکنها، شروطها (٤٨١) المشروطها (٤٨١) المضاربة تعریفها، رکنها، شروطها (٤٨٩) المضاربة تعریفها، رکنها، الفارب (٤٩٥) ماتنتهی به المضاربة (٤٩٦). القسمة، تعریفها، رکنها، أنواعها (٤٩٧) حکمه (٤٩٠) شروطها (٤٠٠). الصلح، تعریفها، رکنها، شروطه (٤٩٠) حکمه (٤٠٥).

1997 / VTYV	رقم الإيداع
977-10 - 0876 -5	الترقيم الدولى I-S-B-N



تأليف

الشيخ على الخفيف السناذ الشربية بكلية الحفوق سنابعثا

4731a/ M·29a